Cien ensayos

para el Centenario

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Tomo 2

Estudios jurídicos

Gerardo **Esquivel**
Francisco **Ibarra Palafox**
Pedro **Salazar Ugarte**
Coordinadores

CIEN ENSAYOS PARA EL CENTENARIO

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Tomo 2
Estudios jurídicos

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 786

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Raúl Márquez Romero
Supervisión editorial de la colección

Pamela Rodríguez Padilla
Asistencia académica y editorial general

Jorge Sánchez Casas
Cuidado de la edición

Irma Martínez Hidalgo
Formación en computadora

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Edna María López García
Apoyo editorial

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

Instituto
Belisario Domínguez
Senado de la República

INSTITUTO BELISARIO DOMÍNGUEZ

COMITÉ DIRECTIVO

Sen. Miguel Barbosa Huerta
Presidente

Sen. Roberto Armando Albores Gleason
Secretario

Sen. Daniel Gabriel Ávila Ruíz
Secretario

Sen. Ángel Benjamín Robles Montoya
Secretario

JUNTA EJECUTIVA

Gerardo Esquivel Hernández
Coordinador Ejecutivo de Investigación

María de los Ángeles Mascott Sánchez
Directora General de Análisis Legislativo

Juan Carlos Amador Hernández
Director General de Difusión y Publicaciones

Noel Pérez Benítez
Director General de Finanzas

Alejandro Encinas Nájera
Director General de Investigación Estratégica

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director
Pedro Salazar Ugarte

Secretario académico
Francisco Ibarra Palafox

Secretario técnico
Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones
Wendy Vanesa Rocha Cacho

CIEN ENSAYOS PARA EL CENTENARIO

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Tomo 2
Estudios jurídicos

GERARDO ESQUIVEL
FRANCISCO IBARRA PALAFOX
PEDRO SALAZAR UGARTE
Coordinadores

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO BELISARIO DOMÍNGUEZ
MÉXICO, 2017

Primera edición: 27 de enero de 2017

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN obra completa: 978-607-02-8670-4
ISBN tomo 2: 978-607-02-8672-8

CONTENIDO

Presentación XIII
Pedro SALAZAR UGARTE
Francisco IBARRA PALAFOX
Gerardo ESQUIVEL

Liminar XV
Miguel BARBOSA HUERTA

Algunas vías de acceso a la justicia ambiental 1
Marisol ANGLÉS HERNÁNDEZ

El gobierno de coalición en las Constituciones y leyes de desarrollo constitucional de los estados 21
Daniel A. BARCELÓ ROJAS

La noción de derechos humanos y garantías en la Constitución mexicana . 37
Rodrigo BRITO MELGAREJO

La Constitución mexicana y el constitucionalismo de principios 53
Raúl CERVANTES ANDRADE

La administración pública: una categoría normativa en reconstrucción . . . 71
Josefina CORTÉS CAMPOS

Impunidad constitucional 89
Roberto DÍAZ SÁENZ

La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos 105
Eduardo FERRER MAC-GREGOR
Alfonso HERRERA GARCÍA

El reformismo constitucional en México y Colombia 131
Rogelio FLORES
Manuel QUINCHE

Ley suprema y sistema penal: algunos desarrollos de la Constitución mexicana 163
Sergio GARCÍA RAMÍREZ

Niñas, niños y adolescentes: la evolución de su reconocimiento constitucional como personas 185
Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ

Fiscalización superior, corrupción e impunidad. 197
Arturo GONZÁLEZ DE ARAGÓN

Poderes salvajes, *Lex Mercatoria* y derechos sociales: repensar la Constitución de 1917 a cien años de su promulgación 211
Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS

La nueva Constitución energética mexicana y su implementación 231
César Emiliano HERNÁNDEZ OCHOA

Reflexión sobre el carácter normativo de la Constitución mexicana vigente. . . 261
Carla HUERTA

Facultades concurrentes y federalismo. 271
Javier LAYNEZ POTISEK

La transparencia gubernamental 277
Sergio LÓPEZ AYLLÓN

La democracia mexicana y su árbitro constitucional 297
Saúl LÓPEZ NORIEGA

Garantías constitucionales y debido proceso 317
José OVALLE FAVELA

La suspensión de garantías en la Constitución de 1917 ayer y hoy: lecciones del pasado y del presente para el futuro inmediato 329
Carlos María PELAYO MOLLER

Cien años del derecho a la privacidad en la Constitución 361
Jacqueline PESCHARD

El cambio constitucional como instrumento de transformación política . . . 379
Pedro SALAZAR UGARTE

La jurisdicción laboral: de juntas tripartitas a tribunales de trabajo 393
Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA

Los efectos de la reforma en derechos humanos en el constitucionalismo local 413
Olga María del Carmen SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA

Reformas constitucionales: entre el minimalismo penal y la maximización de los derechos humanos 427
Roberto SANTACRUZ FERNÁNDEZ
David SANTACRUZ MORALES

La Constitución desde la perspectiva de la teoría del derecho 445
Ulises SCHMILL ORDÓÑEZ

La inviolabilidad de la Constitución de 1857 y el Congreso Constituyente de 1917 467
Diego VALADÉS

Los derechos sexuales y reproductivos 491
Estefanía VELA BARBA

El régimen de aplicación de la prisión preventiva en la Constitución mexicana, 1917-2017 517
Guillermo Raúl ZEPEDA LECUONA

PRESENTACIÓN

Esta obra es el resultado de un esfuerzo colectivo entre el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República. Se trata de un proyecto coordinado por quienes firmamos esta nota, pero que reúne la dedicación de un amplio grupo de colaboradores y autores que trabajaron durante varios meses.

Al final de ese periplo editorial se han logrado reunir un conjunto de cien ensayos escritos por las personas que mejor conocen el devenir constitucional mexicano. El resultado es esta publicación conmemorativa que sale a la luz pública el día en que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cumple sus primeros cien años de vigencia, pero que aspira a mantenerse en el interés de los lectores durante un amplio periodo de tiempo.

Desde esta perspectiva, en cierto sentido, la celebración del aniversario constitucional ha servido como pretexto académico para pensar y reflexionar sobre el pasado, el presente y el futuro del constitucionalismo mexicano.

Dividida en cuatro tomos, la colección aborda, desde diferentes perspectivas y con el instrumental teórico de diversas disciplinas, cuatro grandes aspectos del devenir constitucional en México: la historia, el derecho, la vida económica y social, y la política.

En cada caso, expertas y expertos en sus disciplinas dan cuenta de la vigencia simbólica, jurídica, política, económica, social, cultural, etcétera, de la Constitución de México. De esta manera, cada ensayo en lo individual ofrece un punto de vista sobre aspectos relevantes de la Constitución mexicana, pero lo más importante es la visión compleja, robusta, que ofrece la colección en su conjunto.

Pensamos que esa es la mejor forma de festejar a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos aprobada por el Constituyente en Querétaro hace una centuria: demostrando que no ha sido un tótem normativo ni un fetiche histórico sin relevancia práctica. Todo lo contrario, la Constitución mexicana fue un referente histórico, materializó un hito político, sirvió para organizar una sociedad compleja y ha sido instrumento de cambio y transformación constantes. De todo ello se da cuenta en esta obra.

Si bien es cierto que en la actualidad la Constitución mexicana adolece de problemas desde un punto de vista técnico y semántico —como consecuencia en gran medida de las múltiples reformas de las que ha sido objeto—, lo cierto es que, desde

un punto de vista político y jurídico, sigue viva y vigente. Y eso, si observamos la historia del constitucionalismo contemporáneo, no es poca cosa.

Nosotros, sin prejuzgar sobre lo que pasará —porque, como nos enseñó Weber, la "cátedra no es ni para los demagogos ni para los profetas"—, simplemente festejamos que así sea y ofrecemos a los lectores este conjunto de ensayos imprescindible.

Pedro SALAZAR UGARTE
Francisco IBARRA PALAFOX
Gerardo ESQUIVEL

México, 5 de febrero de 2017

LIMINAR

En 1917, los 127 integrantes del Congreso Constituyente que firmaron la Constitución tuvieron y cumplieron la alta responsabilidad de plasmar sobre el papel las demandas de democracia, justicia y libertad que la Revolución había desencadenado. La promulgación de la Constitución permitió avanzar hacia la pacificación, fincó las bases de un Estado moderno y trazó el sendero hacia el porvenir.

Este año la Constitución cumple un siglo de su promulgación. Es innegable que en este tiempo el país y la sociedad han avanzado de manera notable, pero, desgraciadamente, varias de las aspiraciones y preceptos fundacionales de nuestra carta magna aún están pendientes, particularmente, los relacionados con la igualdad y la justicia.

¿Cómo interpretan este aniversario los millones de mexicanos que viven en la pobreza y que día con día padecen los efectos de la desigualdad?, ¿cómo festejar la Constitución, si la justicia continúa como una promesa para los familiares de los desaparecidos y asesinados por la violencia del crimen organizado?

En 100 años la Constitución ha experimentado una larga lista de reformas. Primero, desde una sola visión y a través de una fuerza política que dominaba el Congreso; después, y ante el avance de la pluralidad, con alianzas que han posibilitado mayorías calificadas.

Debemos comprender que las reformas constitucionales no son resultado de simples alianzas, sino que deben ser el producto de amplios consensos sociales. Sólo así, por medio de amplios consensos, la Constitución, nuestro pacto social, podrá representar, efectivamente, la unidad nacional; la unidad en torno a principios y valores, en torno a la igualdad y la democracia.

En 1917 nuestra Constitución se promulgó entre pugnas, entre facciones revolucionarias, con una sociedad dividida y una economía devastada por la guerra. Ahora, en tiempos de incertidumbre, avancemos hacia la conmemoración del Centenario de la Constitución, no sólo como una ceremonia cívica, sino como parte de un proceso que fortalezca nuestro pacto social y que conduzca a una reflexión profunda sobre nuestra carta magna.

El trabajo que el lector tiene en sus manos fue impulsado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto Belisario Domínguez del Sena-

do de la República. Esperamos que este trabajo, en el que se recopilan las contribuciones de 100 destacados académicos, juristas, intelectuales y políticos, contribuya a entender mejor el sentido y alcance de nuestra Constitución, así como también las líneas y directrices que deberá seguir en el futuro.

Miguel BARBOSA HUERTA
Presidente del Instituto Belisario Domínguez

ALGUNAS VÍAS DE ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

Marisol ANGLÉS HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La protección expresa del derecho de acceso a la justicia ambiental*. III. *Algunos mecanismos de acceso a la justicia ambiental en México*. IV. *Reflexiones finales*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia, como derecho humano es uno de los instrumentos para la materialización de los derechos contenidos en normas, Constituciones, leyes u ordenamientos nacionales y tratados internacionales. La noción de acceso a la justicia es un concepto que se ha transformado a lo largo de los años. Inició como una posibilidad para defender derechos individuales y en la actualidad es una vía protectora de derechos individuales y colectivos.[1]

De esta manera, el derecho de acceso a la justicia se establece como un derecho humano primario en el sistema legal, el cual requiere de todo un andamiaje institucional y administrativo para que las personas puedan verle garantizado.

Así, el acceso a la justicia consiste en "…el derecho a reclamar por medio de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad la protección de un derecho legalmente reconocido. Esto implica el acceso a las instituciones administrativas y judiciales competentes para resolver las cuestiones que se presentan en la vida cotidiana de las personas".[2]

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, doctora en derecho ambiental, miembro de las líneas de investigación institucional: "Energía" y "Derechos, conflictos socioambientales y política".

[1] *Cfr*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Acceso a la justicia y derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007, p. 11.

[2] Birgin, Haydee y Gherardi, Natalia, "El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres", en Etchegoyen, Aldo (coord.), *Mujer y acceso a la justicia*, Argentina, El Mono Armado, 2008, pp. 4-5.

En consecuencia, el derecho al acceso a la justicia implica la posibilidad de hacer valer jurisdiccional o administrativamente una prerrogativa reconocida en el ordenamiento jurídico, lo cual requiere de procesos accesibles y ágiles que garanticen la obtención de una justicia pronta y expedita, en condiciones de igualdad para todas las personas.

Por tanto, el derecho humano de acceso a la justicia impone a los Estados una serie de obligaciones, entre ellas, asegurar el acceso a los recursos judiciales, así como organizar el aparato institucional de modo que todas las personas puedan acceder a esos recursos, para lo cual es necesario remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impidan o limiten la posibilidad de acceder a la justicia.[3] Este derecho encuentra protección en diversos tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sus artículos 8o. y 10;[4] el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),[5] y el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Entre las características principales que componen el derecho de acceso a la justicia, tenemos:[6]

- La administración de justicia debe realizarse por tribunales previamente establecidos, en la forma en la que disponga la ley.
- Las resoluciones que emitan los tribunales tienen que ser de manera pronta, imparcial y completa.[7]
- El servicio que preste el tribunal debe ser gratuito.
- Los servicios de asistencia legal deben ser de calidad y estar al alcance de las condiciones sociales, económicas y culturales de las personas.
- El Estado debe garantizar la prestación del servicio.
- Todas las personas deben de tener el derecho a un juicio justo y acceder a la justicia sin discriminación alguna.[8]

El acceso a la justicia es un derecho que va más allá de la sede jurisdiccional para incluir a la administrativa. En esta vía las autoridades deben regirse bajo los

---

[3] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijado por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, Washington, D. C., Organización de los Estados Americanos, 2007, p. 1.

[4] *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, París, Organización de las Naciones Unidas, 1948.

[5] *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, Naciones Unidas, 1966. Entrada en vigor en México, 23 de junio de 1981.

[6] Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Acceso a la justicia…, op. cit.*, p. 13.

[7] "…los Estados Partes deberían especificar los textos constitucionales y legales pertinentes que disponen el establecimiento de los tribunales y garantizan su independencia, imparcialidad y competencia, sobre todo en lo que respecta a la manera en que se nombra a los jueces, las calificaciones exigidas para su nombramiento y la duración de su mandato; las condiciones que rigen su ascenso, traslado y cesación de funciones y la independencia efectiva del poder judicial con respecto al poder ejecutivo y al legislativo". *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, *Observación General núm. 13. Administración de Justicia (Artículo 14)*, 21 periodo de sesiones, Nueva York, Naciones Unidas, 1984, párrafo tercero.

[8] María Casa, Jesús, "Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia", *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, Venezuela, Instituto Latinoamericano de Estudios Sociales, 2005, p. 25.

principios del debido proceso, es decir, sin dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad.

Así, como refiere González, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica tres situaciones diferentes: primero, el acceso mismo a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia.[9]

Aunado a lo anterior, de acuerdo con la reforma a la Constitución federal del 10 de junio de 2011, en el ámbito nacional, las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (artículo 1o.).[10] Esta cláusula constituye el criterio indispensable de acción hermenéutica de la interpretación conforme, lo cual implica que en la interpretación jurídica debe hacerse prevalecer el mayor beneficio para la persona; es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.[11] Este principio se contempla en los artículos 11 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y 5 del PIDCP.

De manera que, para la efectividad del derecho al acceso a la justicia no deben establecerse condicionamientos excesivos que puedan restringir su ejercicio; además, las normas procesales y administrativas deben interpretarse de la forma en que más se favorezca la admisibilidad de la acción, cuando los errores de la misma puedan subsanarse; así como la protección de las personas.

II. La protección expresa del derecho de acceso a la justicia ambiental

El derecho humano de acceso a la justicia ambiental se relaciona con los medios para acudir a los tribunales y a las autoridades administrativas a exigir la protección del derecho a un medio ambiente sano, lo cual, a su vez, se vincula de manera directa con otros derechos instrumentales, como el derecho a la información y participación en asuntos ambientales.

De manera que el acceso a la justicia ambiental es definido como la posibilidad de obtener solución expedita y completa de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental por parte de las autoridades judiciales y administrativas, lo que supone que

[9] González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, España, Civitas, 1989, pp. 43-44.

[10] *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, *Diario Oficial de la Federación*, reformas del 10 de junio de 2011.

[11] Tesis aislada I.4. A.464 A, "Principio *pro homine.* Su aplicación es obligatoria", México, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, febrero de 2005, p. 1744.

todas las personas estén en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y obtener resultados individual o socialmente justos.[12]

Tanto el acceso a la justicia como la idea de una justicia igual para todos pueden considerarse relativamente recientes,[13] y ambas nociones importan no sólo a los estudiosos del derecho y a quienes imparten justicia, sino también a la sociedad entera como destinataria de la norma jurídica y como titular de derechos fundamentales. Por ello, la posibilidad de acceder a los instrumentos y procedimientos jurídicos que permitan la defensa de los derechos relativos al medio ambiente y su resolución pronta y expedita es una de las demandas sociales más importantes[14] de nuestros días.

En definitiva, el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia ambiental como un derecho humano obliga a los Estados a realizar actos tendientes a su protección y desarrollo, a través del establecimiento de medios jurídicos, políticos e institucionales en conjunción con la garantía de los derechos de acceso a la información y a la participación pública.

Entre los retos a vencer está superar la complejidad técnico-científica en los casos ambientales con apoyo en los expertos implicados, de lo contrario, el enfoque de la normatividad en la materia puede ser equivocado.[15] También es importante trabajar en el desarrollo de mecanismos adecuados para la protección de intereses colectivos y difusos, cuya lógica es diversa a aquellos enfocados a la protección de intereses individuales. Aunado a ello se encuentra la falta de preparación de los operadores jurídicos en materia ambiental y de protección de intereses y derechos colectivos. Todo ello provoca ineficacia en la aplicación y observancia de la norma jurídica ambiental.

III. Algunos mecanismos de acceso a la justicia ambiental en México

En México existen diversas vías para acceder a la justicia ambiental, algunas de ellas están planteadas en sede administrativa y otras en judicial; sin embargo, por cuestiones de espacio aludiremos a las más relevantes.

---

[12] Brañes, Raúl, "El acceso a la justicia ambiental en América Latina: derecho ambiental y desarrollo sustentable", en varios autores, *Memorias del Simposio Judicial sobre Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable: El acceso a la justicia ambiental en América Latina*, México, PNUMA, Profepa, 2000, p. 19.

[13] *Cfr.* Friedman Lawrence, M., "Réclamations, contestations, et litigues et l'État-Providence de nos jours", en Cappelletti, Mauro (dir.), *Accès à la Justice et État-Providence*, París, Ed. Economica, 1984, p. 248.

[14] Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, *Programa de Procuración de Justicia Ambiental, 2001-2006*, México, Profepa, 2002, pp. 75-77.

[15] En relación con esto, Brañes señala: "…la complejidad técnica que asumen muchas veces estos procesos, que desalienta a litigantes, abogados y jueces. Esta complejidad técnica va acompañada de los altos costos que implica producir las pruebas necesarias e, incluso, las dificultades que presenta demostrar los nexos causales entre las acciones realizadas y los efectos indeseables provocados". *Cfr.* Brañes, Raúl, "El acceso a la justicia ambiental en América Latina…", *op. cit.*, p. 16.

1. *Quejas ante las comisiones de derechos humanos*

La queja se define como una denuncia contra la conducta indebida o negligente de servidores públicos que incurran en actos u omisiones de naturaleza administrativa en perjuicio de los derechos humanos. Tiene como característica la sencillez, gratuidad y brevedad burocrática.[16]

En este sentido, cualquier persona y organización de la sociedad civil legalmente constituida, cuyo objeto principal sea la defensa de los derechos humanos tiene la posibilidad de presentar una queja ante las comisiones de derechos humanos, tanto a la nacional como a las estatales, al ver afectado alguno de sus derechos humanos; para el caso que nos ocupa, el relativo a un medio ambiente sano, como consecuencia de un acto u omisión de alguna autoridad estatal.[17]

Al respecto, es importante hacer la aclaración que, de acuerdo con la interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cualquier daño concreto a los derechos humanos cometido por la autoridad pública o por terceros puede imputarse al Estado con objeto de establecer su responsabilidad de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la propia CADH,[18] pues el Estado siempre debe ser el primer garante de tales derechos.

En cuanto a los requisitos de procedencia de una queja, tanto la normativa de la Comisión Nacional de Derechos Humanos como de las comisiones estatales establecen algunos para poder iniciar una investigación, a saber:

- Presentar la queja por uno de los medios establecidos, que puede ser por escrito[19] en las instalaciones de las Comisiones, por Internet, correo, fax y, para casos urgentes, vía telefónica.[20]
- Identificación del denunciante al momento de presentar la queja, lo que incluye datos de localización.

---

[16] Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: exigibilidad y justiciabilidad de los DESCA en la Ciudad de México,* México, CDHDF, 2006, p. 9.

[17] En el Reglamento de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos se reconoce la facultad de ésta para conocer de presuntas violaciones por parte de la Profepa. *Reglamento de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, artículo 11, México, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de septiembre de 2003. Reforma del 18 de julio de 2012.

[18] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993 (Ser. A), núm. 13 (1993), párrafos 26-27. Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[19] La queja puede ser presentada oralmente en caso de que la persona no pueda escribir o cuando se trate de menores de edad, o bien, con el uso del lenguaje de señas mexicano.

[20] *Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, artículo 25, México, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de junio de 1992, última reforma del 2 de abril de 2014.

- Firma o colocación de la huella digital del interesado, de no hacerlo en el momento de la queja, se cuenta con tres días para ratificar la queja.
- Presentar la queja dentro de un periodo de hasta un año a partir de que se cometiera la violación a los derechos humanos alegados, o un año desde que se conocieron los daños. Este plazo no se aplica en casos de violaciones a derechos humanos de lesa humanidad.
- Narrar los hechos sobre los actos u omisiones que se consideran violatorios a los derechos humanos, con la inclusión del nombre de la autoridad presuntamente responsable. En caso de no poder identificar a la autoridad responsable, procede la queja, bajo la condición de que se logre dicha identificación durante la investigación.[21]

Una vez admitida la queja y realizadas las diligencias para la adecuada investigación del caso, si se concluye que fue conculcado el derecho humano a un medio ambiente sano, se emitirá una recomendación para las autoridades implicadas,[22] la cual será pública, pero no será vinculante, por lo cual no puede por sí misma anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja.[23]

Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas, la autoridad o servidor público de que se trate deberá fundar, motivar y hacer pública su negativa, y atender los llamados de la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, a comparecer ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.[24]

Por último, en 2012 fue creada la Sexta Visitaduría especializada, entre otros, en asuntos ambientales. Algunas de las quejas con implicaciones ambientales que han derivado en una recomendación son: 1) 64/1996 Huracán Ismael; 2) 80/1996 Explosión (16 de febrero de 1995), Pemex, Tabasco; 3) 8/1999 Otorgamiento de permisos de aprovechamiento cinegético (Borrego Cimarrón) en territorio Seri en litigio; 4) 8/2002 Caso de los habitantes de la comunidad indígena Cucapá y sus derechos colectivos a los recursos naturales, a la pesca y al desarrollo propio; 5) 47/2002 Restricción en el suministro del agua hasta en un 100% a los usuarios del Distrito de Riego 025, durante los ciclos agrícolas 2000-2001 y 2001-2002 sin emitir explicación debidamente fundada y motivada a los usuarios; 6) 81/2004 Afectaciones por trabajos de prospección llevados a cabo por Pemex en Tabasco; 7) 39/2009 Por la omisión de efectuar la red de drenaje y alcantarillado en la Tenencia de Caurio de Guadalupe en Michoacán; 8) 68/2009 Caso de los habitantes del municipio de Zimapán, Hidalgo y el establecimiento de un confinamiento de residuos peligrosos violando los derechos a la salud, a un medio ambiente sano y al desarrollo; 9) 12/2010 Contaminación del río Santiago en Guadalajara, Jalisco (deceso de un menor); 10) 56/2012 Minería en Wirikuta (Consulta a Pueblo Wixárika).

---

[21] *Ibidem*, artículo 31.

[22] *Ibidem*, artículos 43 a 45.

[23] *Ibidem*, artículo 46.

[24] *Ibidem*, artículo 46, inciso adicionado, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de junio de 2012.

La posibilidad que tienen todas las personas miembros de una comunidad de interponer una queja, les vuelve actores clave para la prevención de daños ambientales y la garantía de los derechos, a través de la participación de los sujetos interesados.

2. *Denuncia popular/pública*

La denuncia pública se define como la exposición abierta de la violación a los derechos humanos y de los presuntos responsables. Puede hacerse mediante comunicados dirigidos a las autoridades, medios masivos de comunicación o manifestación pública.[25]

En el marco de la legislación ambiental mexicana, esta posibilidad parte de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), que incorpora el instrumento denominado "denuncia popular", en el Título Sexto, Capítulo VII. Como la materia ambiental es concurrente, prácticamente todas las entidades federativas y el Distrito Federal replicaron en sus legislaciones correspondientes y en el ámbito de sus competencias respectivas dicha figura jurídica. En este apartado referiremos el procedimiento federal, cuyas características pueden encontrarse en los ámbitos locales, pero a tramitarse con la autoridad y en el marco de las competencias procedentes.

El objetivo de la denuncia popular o denuncia pública consiste en vincular a la ciudadanía de manera directa en la vigilancia del cumplimiento de la normatividad, al permitir a cualquier persona, grupo social, organización no gubernamental, asociaciones y sociedades denunciar ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa), todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales, o contravenga las disposiciones de la LGEEPA y de los demás ordenamientos que regulen las materias relacionadas con la protección ambiental y la preservación y restauración del equilibrio ecológico.[26]

Los requisitos para denunciar son: 1) El nombre o razón social, domicilio y teléfono del denunciante y, en su caso, de su representante legal. 2) Los actos, hechos u omisiones denunciados. 3) Los datos que permitan identificar al presunto infractor o la fuente contaminante. 4) Las pruebas, en caso de existir. Este precepto incluye la posibilidad de guardar la confidencialidad respecto de la identidad del denunciante por razones de seguridad e interés particular, siempre que le sea solicitada a la autoridad.[27]

Conforme al artículo 192, una vez admitida la instancia, la Profepa llevará a cabo la identificación del denunciante, y hará del conocimiento la denuncia a quienes se imputen los hechos denunciados o a quienes pueda afectar el resultado de la acción emprendida, a fin de que presenten los documentos y pruebas que a su de-

[25] Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Derechos económicos, sociales…*, *op. cit.*, p. 9.

[26] Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, artículo 189, párrafo primero, México, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de diciembre de 1996.

[27] *Ibidem*, artículo 190, fracciones I a IV y párrafo octavo.

recho convenga en un plazo máximo de 15 días hábiles, a partir de la notificación respectiva. También efectuará las diligencias necesarias con el propósito de determinar la existencia de actos, hechos u omisiones constitutivos de la denuncia y podrá iniciar los procedimientos de inspección y vigilancia que fueren procedentes y, en su caso, emitir una recomendación.

Así, el trámite de la denuncia popular concluye por alguno de los motivos señalados en el artículo 199: 1) Por incompetencia de la Profepa para conocer de la denuncia popular planteada. 2) Por haberse dictado la recomendación correspondiente. 3) Cuando no existan contravenciones a la normatividad ambiental. 4) Por falta de interés del denunciante en los términos de este capítulo. 5) Por haberse dictado anteriormente un acuerdo de acumulación de expedientes. 6) Por haberse solucionado la denuncia popular mediante conciliación entre las partes. 7) Por la emisión de una resolución derivada del procedimiento de inspección. 8) Por desistimiento del denunciante.

Un punto bastante deleznable de la ley es que dispone que si del resultado de la investigación realizada se desprende que se trata de actos, hechos u omisiones en que hubieren incurrido entidades federales, estatales o municipales, la Profepa emitirá las recomendaciones necesarias para promover, ante los tres niveles de gobierno, la ejecución de las acciones procedentes, pero dichas recomendaciones serán públicas, autónomas y no vinculantes (artículo 195).

Esta manera de actuar de la Profepa altera el espíritu original del organismo, ya que no se trata de un *Ombudsman* ambiental,[28] sino de un ente de inspección y vigilancia facultado para imponer sanciones y no meramente recomendaciones; además, es contrario a derecho el trato preferencial dado a las entidades federales, estatales o municipales ante el incumplimiento de sus obligaciones ambientales, pues es justamente la administración pública la que debe poner el ejemplo en materia de protección y, en su caso, restauración del daño ambiental.[29]

Aunque para entender esta situación es importante saber que el nombramiento y remoción del Procurador dependen del Ejecutivo federal, por ser la Profepa un organismo desconcentrado de la Semarnat; consecuentemente, su actuación carece de autonomía.

Ante este panorama requerimos de procuradurías ambientales totalmente autónomas, capaces de ejercer plena e imparcialmente sus atribuciones y de emitir resoluciones vinculantes.

Cabe señalar que el artículo 200 faculta a las entidades federativas para legislar en materia de denuncia popular cuando se trate de actos, hechos u omisiones que produzcan o puedan producir desequilibrios ecológicos o daños al ambiente, por violaciones a su legislación ambiental.

---

[28] Alanís Ortega, Gustavo, "La denuncia popular", *Responsa*, México, año 2, núm. 11, agosto de 1997, p. 36.

[29] Anglés Hernández, Marisol, "Denuncia popular, ¿ejercicio de la participación pública en la protección ambiental?", *Lex-Difusión y Análisis*, México, año IX, tercera época, núm. 120, junio, 2005, p. xviii.

Es importante mencionar que la figura de denuncia se ha incorporado en diversas leyes sectoriales que desarrollan aspectos ambientales.[30] Por ejemplo, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley de Aguas Nacionales y la Ley General de Vida Silvestre; sin embargo, leyes con una importante incidencia en cuanto a daños ambientales, como la Ley de Hidrocarburos o la Ley de la Industria Eléctrica carecen de esta alternativa. Pero, en definitiva, no basta con incluir en el catálogo legislativo ambiental figuras carentes de eficacia, pues la insuficiencia de este tipo de disposiciones limita el verdadero acceso a la justicia ambiental.

Cabe decir que el denunciante puede acudir a las jurisdicciones alternas, ya que la formulación de la denuncia popular, así como los acuerdos, resoluciones y recomendaciones que emita la Profepa no impedirán el ejercicio de otros derechos o medios de defensa que pudieran corresponder a los afectados conforme a las disposiciones jurídicas aplicables,[31] no suspenderán ni interrumpirán sus plazos preclusivos, de prescripción o de caducidad (artículo 198).

Ahora bien, como resultado de la modificación constitucional del 29 de julio de 2010, que conmina al Congreso de la Unión a expedir las leyes para regular las acciones colectivas, fue reformado el artículo 202, de la LGEEPA para facultar a la Profepa para iniciar dichas acciones, de conformidad con lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Civiles, lo que constituye un gran error, ya que los fines de la justicia civil se dirigen al ámbito patrimonial, mientas que la reparación del daño ambiental debe orientarse a la reparación *in pristinum*, esto es, volver a su estado inicial las cosas, objetos o bienes en general de contenido medioambiental dañados, a cargo de quien causó los daños.

Con todo, tanto el mecanismo de quejas como el de denuncia popular o pública se enmarcan en lo que la doctrina ha denominado garantías sociales, esto es, técnicas de tutela de los derechos confiadas a los destinatarios de los mismos, por lo que puede ser a título individual o colectivo,[32] de manera que se materializa la corresponsabilidad social en la tutela de los derechos humanos.

3. *Acciones colectivas*

Las acciones colectivas representan una alternativa para las inconformidades de la sociedad, especialmente, para los grupos vulnerables, a quienes les es difícil contratar los servicios de un abogado. El trabajo en grupo facilita que los recursos disponibles, humanos y materiales sean compartidos entre sus miembros y se gene-

---

30 *Cfr.* Simón Gálvez, Anna Paola, "La participación social en materia ambiental en México", en varios autores, *Memorias del Primer Encuentro Internacional de Derecho Ambiental*, México, Semarnat-Instituto Nacional de Ecología, 2003, pp. 265-268.

31 Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, *Programa de Procuración de Justicia Ambiental…*, *op. cit.*, pp. 80-84.

32 Pisarello, Gerardo, "Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada "desde abajo", Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 156.

ren beneficios colectivos,[33] ya que una acción colectiva es un mecanismo legal que legitima a una persona física, grupo de personas, organización civil e, incluso, a una autoridad, a presentar una demanda en representación de un grupo determinado de personas con el fin de tutelar sus intereses colectivos mediante un solo proceso jurisdiccional, cuya resolución tendrá efectos sobre todo el grupo o colectividad.[34]

Así, de acuerdo con Gidi, "una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto de litigio), cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)".[35] Por lo que los elementos esenciales de las acciones colectivas son: el grupo, el interés legítimo, la legitimación, la representación y los efectos de la sentencia.

En el sistema jurídico romano-germánico las acciones colectivas son de data reciente y en México aún más, ya que fueron introducidas apenas en 2010 mediante una reforma constitucional al artículo 17, al cual le fue adicionado un párrafo en los términos siguientes: "El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos".

En consecuencia, fue reformado el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), para adicionar el libro quinto, titulado: De las acciones colectivas, el cual dispone: "La defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente".[36]

Llama la atención que se restrinja la tutela ambiental al ámbito federal, cuando, por disposición constitucional, la protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico es una materia concurrente.[37]

Por otro lado, dado que los intereses colectivos y difusos nos colocan ante una titularidad indivisible, en virtud de no pertenecer el derecho de que se trate a un sujeto individual concreto, más bien de poseer cada cual una porción mínima del todo,[38]

---

[33] González, Matilde, "Acciones colectivas, ahora derecho ciudadano", *Zócalo*, México, vol. 10, núm. 123, 2010, p. 28.

[34] Labardini Inzunza, Adriana, *Acciones colectivas en la sociedad de consumo*, México, Al consumidor, 2010, p. 11.

[35] Gidi, Antonio, *Coisa julgada e litispendêndencia em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular*, Sao Paulo, Saraiva, 1995, p. 16.

[36] Artículos 578, 580 y 581, Código Federal de Procedimientos Civiles, México, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de agosto de 2011.

[37] Artículo 73, fracción XXIX-G, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y Tesis de jurisprudencia P./J. 36/2011. "Protección al ambiente y preservación y restauración del equilibrio ecológico. Es una materia concurrente por disposición constitucional", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, Pleno. Libro I, t. 1, octubre de 2011, p. 297. Anglés Hernández, Marisol, "Acciones colectivas en materia de protección ambiental. Fallas de origen", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, año XLVIII, núm. 144, septiembre-diciembre, 2015, p. 916.

[38] Cappelletti, Mauro, "Vindicating the PublicInterest through the Courts: A comparativist's Contribution", en Cappelletti, M. y Jolowicz, J. A., *Public Interest Parties and the Active role of the Judge in Civil Litigation*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1975, pp. 522-525.

el CFPC refiere que son derechos e intereses difusos y colectivos, aquellos de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes. Sin embargo, el CFPC alude a los derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, como aquellos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho.[39]

Aunque el CFPC refiere tres tipos de acciones colectivas, para la defensa de los derechos ambientales es procedente, en primer término, la acción difusa: *De naturaleza indivisible que tutela derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño* causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto.[40] Ello debido a la naturaleza del medio ambiente que, en muchos casos, genera una indeterminación de los titulares del derecho.

Aunque podría recurrirse a la acción colectiva en sentido estricto, ya que es de *naturaleza indivisible y tutela derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño* causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo. Existen casos en los que la violación a derechos humanos afecta de manera directa a una comunidad determinada o determinable, como cuando se trata de una comunidad indígena, miembros pertenecientes a un fraccionamiento o a una comunidad análoga, todos ellos, plenamente determinados.

Preocupa el aspecto relacionado con la legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas en materia ambiental, pues el CFPC reconoce a: la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, el representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros; las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código, y el Procurador General de la República.[41]

Como el procedimiento se considera federal, quedan excluidos de legitimación las procuradurías estatales de protección ambiental, lo mismo que los procuradores estatales de justicia, quienes, dada la cercanía con la problemática y gente de la localidad, tienen mayor interés en su atención y en la defensa de los derechos e intereses colectivos y difusos ambientales implicados. Estimamos que esta situación vulnera la distribución de competencias hecha en el artículo 73, fracción XXIX-G de la Constitución federal, ya aludido.

Por si fuera poco, se exige una representación común de al menos treinta miembros, lo cual es un requerimiento totalmente arbitrario y carente de sentido ante la

[39] Artículo 580, *Código Federal de Procedimientos Civiles…*, *op. cit.*

[40] *Ibidem*, artículo 581.

[41] *Ibidem*, artículo 585.

necesidad de tutelar derechos e intereses colectivos y difusos, pues su propia naturaleza, indivisible y supraindividual, debe permitir a cualquier persona accionar en representación del grupo, pues así como la satisfacción de uno de los miembros de la colectividad implica necesariamente la satisfacción de todos, la lesión de cualquiera constituye, *ipso facto* lesión de la comunidad entera.[42]

Además, reunir a treinta personas puede parecer poco para ciudades muy pobladas, pero en materia ambiental las afectaciones pueden presentarse no sólo en los grandes conglomerados, sino en pequeñas comunidades en las que reunir a este número de personas es una tarea harto complicada que podría dar lugar a la denegación de justicia.[43]

Por cuanto hace a la sentencia, ésta deberá resolver la controversia planteada por las partes conforme a derecho.[44] Sin embargo, el CFPC refiere que, ante la imposibilidad de reparación al estado anterior que guardaba el medio ambiente, procederá el cumplimiento sustituto de acuerdo con la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, lo cual abre la posibilidad para que el juez determine una cantidad económica, misma que será destinada a un fondo, cuyos fines, sólo tangencialmente podrán destinarse a aspectos ambientales, esto es en lo relativo a investigación y difusión sobre cuestiones ambientales. Fundamentalmente, los recursos que deriven de las sentencias recaídas en las acciones colectivas deberán ser utilizados exclusivamente para el pago de los gastos derivados de los procedimientos colectivos, así como para el pago de los honorarios de los representantes de la parte actora cuando exista un interés social que lo justifique y el juez así lo determine, incluyendo, pero sin limitar, las notificaciones a los miembros de la colectividad, la preparación de las pruebas pertinentes y la notificación de la sentencia respectiva.[45]

Evidentemente estas disposiciones son resultado de haber reunido en un mismo título las acciones colectivas de naturaleza ambiental y las de consumo, cuya lógica y fines son muy diversos.

Por otro lado, es importante señalar que la acción colectiva prescribe a los tres años seis meses contados a partir del día en que se causó el daño; en cambio, si el daño causado es de naturaleza continua, el plazo se comenzará a computar a partir del último día en que se haya generado el daño.[46] Sobre este punto se ha pronunciado el poder judicial federal, como sigue:

> …Si bien conforme al referido artículo 1934 [del Código Civil Federal], *el plazo de la prescripción* de la acción para exigir la reparación de los daños causados en términos del señalado capítulo V, *empieza a correr a partir de que se causa el daño*, lo cierto es que tal

[42] Barbosa Moreira, J. C., "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, núm. 2, 1992, p. 235 y Gidi, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil; un modelo para países de derecho civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 59.

[43] *Código Federal de Procedimientos Civiles*, artículo 585, fracción II.

[44] *Ibidem*, artículo 603.

[45] *Ibidem*, artículo 625.

[46] *Ibidem*, artículo 584.

> regla aplicará siempre y cuando el afectado tenga conocimiento del mismo, pues de lo contrario, dicho plazo iniciará hasta en tanto el afectado conozca el daño y en consecuencia, esté en posibilidad de exigir la obligación que deriva del mismo; debiendo señalarse que si el actor asevera haber tenido conocimiento en una fecha determinada y el demandado niega esa aseveración manifestando que tuvo conocimiento desde antes, entonces, la carga probatoria de esa afirmación le corresponde al demandado.[47]

Dado que los daños ambientales muchas veces se hacen evidentes con posterioridad al hecho causante, es muy importante reinterpretar la figura de la prescripción a la luz de los principios propios del derecho ambiental, a fin de evitar que el transcurso del tiempo sea un aliado del agente contaminador y con ello se niegue el acceso a la justicia a las personas, situación a todas luces irracional, desproporcionada y, por tanto, inconstitucional.[48]

4. *Amparo colectivo*

El 6 de junio de 2011 fue publicada la reforma constitucional en materia de juicio de amparo, con ella se amplía la procedencia de éste respecto de cualquier norma general y violaciones a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.[49]

El juicio de amparo tiene su fundamento en los artículos 103 y 107 constitucionales; el primero establece su procedencia y el segundo determina las bases con las cuales se sujetarán los procedimientos a la misma Ley de Amparo. En este sentido, el artículo 107 constitucional, en su fracción I establece:

> El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico… Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa.[50]

---

[47] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis de jurisprudencia 113/2011, "Daños causados en términos del Capítulo V del Título primero de los códigos civiles federal y para el Distrito Federal. Inicio del cómputo del plazo para que opere la prescripción de la acción relativa a su reparación, conforme al artículo 1934 de dichos ordenamientos", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Primera Sala, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, p. 2206.

[48] Peña Chacón, Mario, "Daño ambiental y prescripción", *Medio ambiente & Derecho*, Sevilla, núm. 19, julio, 2009, p. 36.

[49] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos publicadas en junio de 2011 (Relación de tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte en los que se reconocen derechos humanos)*, México, SCJN, 2012.

[50] Artículo 107, *Constitución Política de los Estados*…, *op. cit.*, reforma, 7 de julio de 2014.

Así, el artículo 5o. de la Ley de Amparo al referirse al quejoso, como una de las partes en el juicio, señala que tiene tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o. de la propia ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.[51]

En este contexto cobra especial relevancia la reforma al artículo 107 constitucional, que sustituyó el concepto de interés jurídico por el de interés legítimo, pues con ello abrió las posibilidades para acudir al juicio de amparo. A tales fines, el interés legítimo se define como: "…aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra".[52]

A la fecha, carecemos de una regulación específica del amparo colectivo, por lo que se ciñe a las disposiciones generales contenidas en la Ley de Amparo y el CFPC. En cuanto a la legitimación, el amparo colectivo puede promoverse por la persona física o moral a quien afecte el acto reclamado o la norma general,[53] entendiéndose por ésta: *a)* Los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos y que sean parte del Estado mexicano. *b)* Las leyes federales. *c)* Las Constituciones de los estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. *d)* Las leyes de los estados y del Distrito Federal. *e)* Los reglamentos federales. *f)* Los reglamentos locales. *g)* Los decretos, acuerdos y todo tipo de resoluciones de observancia general.[54]

Tratándose de la impugnación de las normas generales referidas, actos administrativos y determinaciones de los tribunales judiciales, administrativos y del trabajo, que no sean sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio, que no trasciendan al resultado del fallo, no definitivas, de imposible reparación,[55] procede el juicio de amparo indirecto.

Mientras que el amparo directo procede contra sentencias definitivas y laudos, por violaciones durante la secuela del procedimiento que trasciendan al resultado del fallo, que afecten las defensas jurídicas del quejoso; o bien, por violaciones en la sentencia, en el fallo mismo, y contra todas aquellas resoluciones que, sin ser sentencias definitivas, ni laudos, sin decidir el asunto en lo principal, pongan fin al juicio.[56]

---

[51] Artículo 5o., fracción I, Ley de Amparo…, *op. cit.*

[52] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. XLIII/2013, "Interés legítimo en el amparo. Su diferencia con el interés simple", *Semanario Judicial de la Federación*, México, Décima Época, 1a. Sala, Libro XVII, febrero de 2013, t. 1, p. 822.

[53] Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 2 de abril de 2013. Últimas reformas, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de junio de 2016. Artículo 6.

[54] *Ibidem*, artículo 107.

[55] Silva Ramírez, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, México, Porrúa, 2010, p. 303.

[56] *Idem*.

Sobre los alcances de la tutela ambiental colectiva, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación amparó a la comunidad de Huetosachi del municipio de Urique para el efecto de ordenar a las autoridades responsables en la aprobación del decreto y firma del convenio relativos al proyecto turístico "Barrancas del Cobre", que lleven a cabo las acciones necesarias para que se cree el Consejo Consultivo Regional referente al área de influencia del proyecto, a efecto de que se establezcan los mecanismos de consulta necesarios para definir y proponer los objetivos, prioridades políticas y estrategias de desarrollo regional en el área de operaciones dentro de la que se asienta la comunidad quejosa.[57]

Otro caso es el del pueblo yaqui que impugnó la autorización en materia de impacto ambiental dada por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat), en febrero de 2011 para la construcción del acueducto Independencia, por la violación de los derechos al debido proceso, a la garantía de audiencia y a la consulta por la construcción de dicha obra que afectaría la relación intrínseca del pueblo yaqui con el río del mismo nombre, el cual es esencial para su supervivencia económica y cultural; por lo que la autoridad ambiental vulneró su derecho a acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales, así como a ser informados y consultados previamente sobre la obra proyectada y sus afectaciones sobre el propio pueblo, amén de pasar por alto el Decreto firmado por el presidente Lázaro Cárdenas de 1940 que restituye y titula el territorio a la tribu yaqui, otorgándoles el derecho al 50% del agua existente en el caudal del dicho río, como resultado la justicia federal amparó a los quejosos; sin embargo, la sentencia favorable fue recurrida por las autoridades ambientales federales (Semarnat).

Dada la transcendencia de los temas planteados en dicho juicio, la SCJN atrajo el asunto y, a través de su primera sala, resolvió el amparo en revisión 631/2012, ratificando la protección otorgada por un juez de distrito de Sonora al pueblo yaqui para dejar sin efecto la autorización otorgada por la Semarnat, en virtud de que la operación del acueducto —que trasvasaría agua del río Yaqui a la ciudad de Hermosillo, capital del estado de Sonora— podría afectar a la comunidad, lo que exige el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de consulta previa, pues no bastaba que la autoridad responsable pusiera el proyecto a disposición del público en general, a través de diversos medios de difusión o la realización de una consulta pública.[58]

Como puede advertirse, resulta un imperativo para el Estado mexicano trabajar en la expedición y aplicación de normas sustantivas realmente orientadas a la tutela efectiva de los derechos ambientales, pues si seguimos con instrumentos como los referidos que cuentan con demasiados vicios y fallas, lejos de permitir su garantía, se compromete su realización, así como la responsabilidad misma del Estado.

---

[57] Tesis Aislada, "Comunidades indígenas. La omisión de crear el Consejo Consultivo Regional a que se refiere el decreto 409/96 I.P.O., publicado en el periódico oficial de Chihuahua el 1o. de enero de 1997, viola los principios de legalidad y los de participación y consulta reconocidos en favor de aquéllas", Décima Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Libro VIII, mayo de 2012, p. 1347.

[58] *Amparo en revisión 631/2012,* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acuerdo de la Primera Sala, México, 8 de mayo de 2013, pp. 86 y 88.

IV. Reflexiones finales

Cada vez existen muchas más vías para acceder a la justicia ambiental en el mundo y en México, tanto a título personal como colectivo. Ello obedece al reconocimiento implícito y expreso de la necesidad de mantener ciertos parámetros ambientales como premisa fundamental para el desarrollo de un gran cúmulo de derechos humanos y para la vida misma.

El bloque de constitucionalidad que ha asumido el Estado mexicano a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 ha ampliado el espectro de protección de los derechos, al reconocer la garantía tanto de aquellos que están protegidos en la Constitución federal como en los tratados internacionales con contenidos ambientales, de los que el Estado mexicano es parte; bajo el principio interpretativo de brindar la protección más amplia a las personas.

No obstante, los canales de acceso a la justicia, dada la especificidad y naturaleza difusa y colectiva del medio ambiente, debiesen responder a la necesidad de garantizar no sólo el abordaje, sino también el destino. De manera que, mientras imperen las reglas del ámbito civil, estaremos en deuda con el fin último de protección medioambiental, que debe ser la reparación de los daños y afectaciones al medio ambiente, los ecosistemas y los recursos naturales, y ante la plena imposibilidad de ello, tendría que optarse por una reparación lo más cercana posible al estado previo al daño; incluso, si no es posible en el sitio afectado, en otro, pero en ningún caso dar cabida a acciones sustitutas destinadas a otros objetivos.

V. Bibliografía

Alanís Ortega, Gustavo, "La denuncia popular", *Responsa*, México, año 2, núm. 11, agosto de 1997.

Amparo en revisión 631/2012, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acuerdo de la Primera Sala, México, 8 de mayo de 2013.

Anglés Hernández, Marisol, "Acciones colectivas en materia de protección ambiental. Fallas de origen", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, año XLVIII, núm. 144, septiembre-diciembre, 2015.

———, "Denuncia popular, ¿Ejercicio de la participación pública en la protección ambiental?", *Lex-Difusión y Análisis*, México, año IX, Tercera Época, núm. 120, junio, 2005.

Barbosa Moreira, J. C., "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, núm. 2, 1992.

Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia, "El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos

de las mujeres", en ETCHEGOYEN, Aldo (coord.), *Mujer y acceso a la justicia*, Argentina, El Mono Armado, 2008.

BRAÑES, Raúl, "El acceso a la justicia ambiental en América Latina: derecho ambiental y desarrollo sustentable", en varios autores, *Memorias del Simposio Judicial sobre Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable: El acceso a la justicia ambiental en América Latina*, México, PNUMA, Profepa, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro, "Vindicating the public interest through the Courts: A comparativist's contribution", en CAPPELLETTI, M. y JOLOWICZ, J. A., *Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation*, Milán, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1975.

Código Federal de Procedimientos Civiles, México, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de agosto de 2011.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, *Acceso a la justicia y derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007.

———, *Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: exigibilidad y justiciabilidad de los DESCA en la Ciudad de México,* México, CDHDF, 2006.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijado por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, Washington, D. C., Organización de los Estados Americanos, 2007.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General núm. 13. Administración de Justicia (artículo 14)*, 21 periodo de sesiones, Nueva York, Naciones Unidas, 1984, párrafo tercero.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Diario Oficial de la Federación*, México, reformas del 10 de junio de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993 (Ser. A), núm. 13 (1993), párrafos 26-27.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, Organización de las Naciones Unidas, 1948.

FRIEDMAN LAWRENCE, M., "Réclamations, contestations, et litigues et l'État-Providence de nos jours", en CAPPELLETTI, Mauro (dir.), *Accès à la Justice et État-Providence*, París, Ed. Economica, 1984.

GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil; un modelo para países de derecho civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

———, *Coisa julgada e litispendêndencia em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular*, Sao Paulo, Saraiva, 1995.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, España, Civitas, 1989.

GONZÁLEZ, Matilde, "Acciones colectivas, ahora derecho ciudadano", *Zócalo*, México, vol. 10, núm. 123, 2010.

LABARDINI INZUNZA, Adriana, *Acciones colectivas en la sociedad de consumo*, México, Al consumidor, 2010.

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2 de abril de 2013. Últimas reformas, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de junio de 2016.

Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de junio de 1992, última reforma del 2 de abril de 2014.

MARÍA CASA, Jesús, "Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia", *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, Venezuela, Instituto Latinoamericano de Estudios Sociales, 2005.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, Naciones Unidas, 1966. Entrada en vigor en México, 23 de junio de 1981.

PEÑA CHACÓN, Mario, "Daño ambiental y prescripción", *Medio ambiente & Derecho*, Sevilla, núm. 19, julio, 2009.

PISARELLO, Gerardo, "Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada 'desde abajo'", COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

Reglamento de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de septiembre de 2003. Reforma del 18 de julio de 2012.

SECRETARÍA DE MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES, *Programa de Procuración de Justicia Ambiental, 2001-2006*, México, Profepa, 2002.

SILVA RAMÍREZ, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, México, Porrúa, 2010.

SIMÓN GÁLVEZ, Anna Paola, "La participación social en materia ambiental en México", en varios autores, *Memorias del Primer Encuentro Internacional de Derecho Ambiental*, México, Semarnat-Instituto Nacional de Ecología, 2003.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos publicadas en junio de 2011 (Relación de tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte en los que se reconocen derechos humanos)*, México, SCJN, 2012.

———, Tesis de jurisprudencia 113/2011, "Daños causados en términos del Capítulo V del Título primero de los códigos civiles federal y para el Distrito Federal. Inicio del cómputo del plazo para que opere la prescripción de la acción relativa a su reparación, conforme al artículo 1934 de dichos ordenamientos", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Primera Sala, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011.

———, Tesis: 1a. XLIII/2013, "Interés legítimo en el amparo. Su diferencia con el interés simple", *Semanario Judicial de la Federación*, México, Décima Época, 1a. Sala, Libro XVII, febrero de 2013, t. 1.

Tesis aislada I.4. A.464 A, "Principio *pro homine*. Su aplicación es obligatoria", México, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, febrero de 2005.

Tesis aislada, "Comunidades indígenas. La omisión de crear el Consejo Consultivo Regional a que se refiere el decreto 409/96 I.P.O., publicado en el periódico oficial de Chihuahua el 1o. de enero de 1997, viola los principios de legalidad y los de participación y consulta reconocidos en favor de aquéllas", Décima Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Libro VIII, mayo de 2012, p. 1347.

Tesis de jurisprudencia P./J. 36/2011. "Protección al ambiente y preservación y restauración del equilibrio ecológico. Es una materia concurrente por disposición constitucional", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Pleno, Libro I, t. 1, octubre de 2011.

EL GOBIERNO DE COALICIÓN EN LAS CONSTITUCIONES Y LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS

Daniel A. Barceló Rojas*

Sumario: I. *Introducción*. II. *La reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sobre el gobierno de coalición de 10 de febrero de 2014*. III. *Gobierno de coalición en las Constituciones estatales*. IV. *Componentes esenciales que debe contener la Constitución de un estado y la ley de desarrollo constitucional para configurar el gobierno de coalición local*. V. *Razones estructurales para establecer el gobierno de coalición en la Constitución y leyes de los estados*.

I. Introducción

La literatura especializada sobre gobiernos de coalición advertía por los años ochenta y noventa del siglo pasado que gobernar en coalición era una modalidad frecuente y propia del sistema parlamentario en contextos multipartidistas, observación que se confirma aún hoy día por la evidencia empírica ya que en Europa Occidental sólo España —a nivel nacional— no ha experimentado el gobierno de coalición, aunque podría hacerlo en los próximos meses. Sin embargo, entre otros, los juristas Jorge Carpizo y Diego Valadés, así como el politólogo Jorge Lanzaro, advirtieron que el gobierno de coalición era una modalidad frecuente en el sistema presidencial de varios países de América Latina, si bien el de México no se podía contar entre ellos.

Es hasta febrero de 2014 que en nuestro país se introduce una reforma a la Constitución federal que habilita al Presidente para optar por el gobierno de coalición. Los incentivos políticos para que el Presidente mexicano opte en 2018 por construir un gobierno de coalición parecen ser muy vigorosos. Y es de esperar que

* Profesor-investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt.

México tienda hacia esta modalidad de gobierno en adelante, considerando la distribución de curules y escaños entre los diferentes partidos políticos que integran las cámaras del Congreso de la Unión. La misma tendencia se aprecia en la mayoría de los estados de la República Mexicana y en la Ciudad de México.

En este contexto se entiende la propuesta contenida en este ensayo, en el cual se propone la adopción del gobierno de coalición en los estados de la República Mexicana. La propuesta se ha construido siguiendo las líneas estructurales concebidas por Diego Valadés en los fecundos trabajos que dicho autor ha dedicado a la mejora de nuestra forma de gobierno, y dentro del marco jurídico del sistema presidencial estatal configurado en el artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para las entidades federativas. La propuesta adapta las líneas maestras del modelo de coalición introducido en los artículos 76 y 89 de la Constitución federal, pero introduciendo en las Constituciones estatales y posteriormente en sus respectivas leyes de desarrollo constitucional, componentes distintos para incrementar la gobernabilidad democrática y mejorar el desempeño del gobierno de los estados para satisfacer las expectativas de los ciudadanos en la hasta ahora malograda transición hacia la democracia.

II. La reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sobre el gobierno de coalición de 10 de febrero de 2014

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos experimentó una importante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014 concerniente con la forma de gobierno, mediante la cual se habilita al Presidente de la República a negociar un gobierno de coalición con otros partidos políticos además del suyo con representantes en las cámaras del Congreso de la Unión.[1] Dice el artículo en cuestión:

> Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:
>
> …
>
> Fracción XVII. En cualquier momento, optar por un gobierno de coalición con uno o varios de los partidos políticos representados en el Congreso.
>
> El gobierno de coalición se regulará por el convenio y el programa respectivos, los cuales deberán ser aprobados por mayoría de los miembros presentes de la Cámara de Senadores. El convenio establecerá las causas de disolución del gobierno de coalición.

Por su parte, el artículo 76 de la Constitución, que complementa al 89, señala:

> Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:
>
> …

[1] *Diario Oficial de la Federación*, 10 de febrero de 2014.

> Fracción II. Ratificar los nombramientos que el mismo funcionario haga de los Secretarios de Estado, en caso de que éste opte por un gobierno de coalición, con excepción de los titulares de los ramos de Defensa Nacional y Marina; del Secretario de Relaciones; (…).

Sobre dicha reforma constitucional, que según los artículos transitorios entrará en vigor el 1o. de diciembre de 2018, cabe hacer mención que la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en calidad de integrante del Poder Revisor de la Constitución, aprobó reformas y adiciones a los artículos 116 y 122 con el propósito de que las Constituciones de las 32 entidades federativas incorporen disposiciones similares para que los gobernadores de los estados de la República, y el gobernador de la Ciudad de México, puedan formar gobiernos de coalición bajo las modalidades y condiciones que las citadas Constituciones locales establezcan.[2]

Con independencia de si dicha enmienda a la Constitución federal prospera en el Senado de la República y en las legislaturas de los estados, sostengo que el Poder Revisor de las Constituciones de nuestras entidades federativas pueden optar por configurar el gobierno de coalición sin violar por ello las disposiciones vigentes sobre la forma de gobierno que establece para los estados la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 116 y demás aplicables.[3]

III. Gobierno de coalición en las Constituciones estatales

Es conveniente establecer en las Constituciones estatales la posibilidad de que los gobernadores de los estados puedan optar en cualquier momento por formar un gobierno de coalición con el apoyo político de los miembros de su partido político, así como de otras formaciones partidistas con representantes en la Legislatura de su respectivo estado. Es el paso evolutivo necesario que ha de dar el sistema presidencial de los estados de la República Mexicana para su mejora sustancial.[4]

Se han expresado voces en la arena política y en la academia que sugieren que formar un gobierno de coalición no debería ser una decisión opcional; que las Constituciones locales deben obligar a los gobernadores a concertar un gobierno com-

---

[2] Valadés, Diego y Barceló Rojas, Daniel (coords.), *Estudio sobre el sistema presidencial mexicano que contiene anteproyecto de ley del gobierno de coalición*, México, CEDIP-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, anexo 2, pp. 107-110.

[3] Sobre el gobierno de coalición en el ámbito de las entidades federativas desde una perspectiva comparada, véase Downs, W. M., *Coalition Government Subnational Style. Multiparty Politics in European Regional Parliaments*, Ohio, Ohio State University, 1998.

[4] Nohlen, Dieter. "El poder ejecutivo en el presidencialismo. Alternativas en debate", en Ellis, Andrew *et al.* (coords.), *¿Cómo hacer que funcione el sistema presidencial?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 33 y ss. Para el caso específico de México, Valadés, Diego, *Gobierno de gabinete,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 11 y ss.; y del mismo autor, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 35 y ss.

partido en caso de que su partido político no alcance un número predeterminado de representantes populares en el Congreso, con una cláusula constitucional que expresamente fijara tal supuesto de hecho parlamentario y obligación constitucional del gobernador del estado. En mi opinión es inconveniente forzar de esa manera la concertación de una coalición de gobierno. Resultaría más provechoso introducir dos obligaciones que ya tuvimos en nuestro pasado constitucional que reducen los incentivos para gobernar en solitario y que en cualquier caso mejoran el sistema presidencial unipersonal actualmente en operación: 1) por un lado que el nombramiento que haga el gobernador de los secretarios de despacho de su gabinete requiera obligatoriamente la opinión de los diputados del Congreso del estado, y 2) que el presupuesto de egresos del estado adquiera la naturaleza de ley, o bien que sea decreto, pero de tal manera que todo cambio al mismo durante un ejercicio fiscal deba ser aprobado nuevamente por el Congreso del estado mediante una iniciativa legislativa preferente del Ejecutivo que sea considerada y aprobada por la comisión de hacienda, con la posibilidad —en supuestos predeterminados— de atracción por el Pleno.

En el modelo de coalición el Congreso del estado debe aprobar por mayoría simple el convenio de la coalición y su programa de gobierno, así como los nombramientos de los secretarios de despacho del Poder Ejecutivo, que conformarían la institución del "gabinete". Este es el modelo federal establecido en los artículos 76, fracción II y 89, fracción XVII.

El constituyente de cada estado cuenta con un amplio margen de configuración sobre el gobierno de coalición local, que requiere la introducción de figuras desarrolladas en los sistemas parlamentarios, pero que ya han sido adoptadas en varios sistemas presidenciales de América Latina. El límite de dicho margen de configuración constitucional local lo establece la Constitución federal, particularmente en sus artículos 41 y 116.[5] El modelo establecido en la Constitución federal sirve de guía en el ejercicio de ingeniería constitucional. Pero las adaptaciones en ciertos aspectos son absolutamente necesarias ya que en el ámbito de las entidades federativas: *a)* los poderes legislativos son unicamarales; *b)* la dinámica del sistema de partidos políticos no es la misma de un estado a otro, y no necesariamente se refleja en un estado determinado el sistema partidista existente en el ámbito federal;[6] y *c)* la cultura política de los actores del sistema constitucional es distinta a la existente en la Ciudad de México, sede de los poderes federales.[7]

---

[5] Barceló Rojas, Daniel, *Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 251-289.

[6] Freidenberg, Flavio, "La estructura y la dinámica de la competencia del sistema de partidos en las elecciones multinivel mexicanas de 2015", en Mirón Lince, Rosa María (ed.), *Los estados en 2015. Resultados y alcances de la reforma político-electoral de 2014*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Electoral del Distrito Federal, Tribunal Electoral del Distrito Federal.

[7] Núñez Jiménez, Arturo, "La evolución del sistema político mexicano", en el marco del seminario de derecho constitucional comparado de estados políticamente descentralizados, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios, Villahermosa, Tabasco, 10 de diciembre de 2015, versión estenográfica sin publicar.

Conforme al primer esbozo que en los párrafos anteriores se ha hecho sobre la configuración de la forma de gobierno de coalición para los estados, se puede observar que, de optar el gobernador de un estado por la modalidad de gobierno de coalición, debe presentar un convenio y un programa de gobierno, así como formar un gabinete. Y se sugiere que el Congreso local —compuesto por "N" miembros— tenga la potestad constitucional de aprobarlos por mayoría simple. Ello obligaría políticamente al titular del Poder Ejecutivo a acudir a otras fuerzas políticas para conseguir el apoyo necesario en el Congreso estatal a su programa de gobierno y, en consecuencia, lo impulsaría a incorporar objetivos y políticas públicas de los partidos coaligados, así como altos funcionarios de gobierno propuestos por los partidos coaligados para la implementación del programa de gobierno compartido.

Cabe señalar que, en caso que el gobernador no opte por la modalidad de gobierno de coalición, sea porque obtiene su partido político por sí solo una mayoría absoluta —o el comité o asamblea de su partido político no le autorice a ello—, o por cualquier otra consideración, no se produce ningún vacío de poder ya que se trata de un sistema presidencial. Sin embargo, en este último escenario, se propone un cambio al modelo federal establecido en la Constitución, a saber: el gobernador por conducto de su Secretario de Gobierno debe acudir al Congreso estatal tanto para obtener el consentimiento para el nombramiento de los altos funcionarios del Poder Ejecutivo, como para que se apruebe su presupuesto de egresos, que de hecho es un programa de gobierno traducido en valor monetario.[8]

La proposición de que el gobernador acuda al Congreso para obtener el consentimiento para el nombramiento de sus colaboradores inmediatos, tiene que ver con un sistema de control de entrada más riguroso sobre los ejecutores de las políticas públicas, que por ello tenderá a mejorar el desempeño de los gobernantes.[9] Pero además se establece como efecto secundario un importante incentivo para que el titular del Poder Ejecutivo opte por un gobierno de coalición ya que de cualquier manera deberá acudir al Congreso para perfeccionar el nombramiento de sus más altos funcionarios, así como para que se apruebe el presupuesto de egresos que presenta o las modificaciones al mismo, según la propuesta sobre incentivos que antes hemos expresado.

Cabe señalar que las disposiciones aludidas sobre el gobierno de coalición en los estados podrían promoverse como iniciativas y entrar en vigor en 2018. En ese mismo año entrará en vigor la reforma que permite la reelección legislativa en México por un máximo de 12 años. Ambas disposiciones constitucionales tenderían a hacer más vigorosas las potestades constitucionales de supervisión y la capacidad institucional del Poder Legislativo de los estados, y por ello pueden contribuir al re-equilibrio de poderes como garantía para un mejor desempeño del gobierno.

---

[8] Biglino, Paloma. "No es sólo la representación sino también el control", en *Estado constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, t. IV, vol. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 277 y ss.

[9] Strom, Kaare, "Parliamentary Democracy and Delegation", en Strom, Kaare *et al.* (coords.), *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 55 y ss.

IV. Componentes esenciales que debe contener la Constitución de un estado y la ley de desarrollo constitucional para configurar el gobierno de coalición local

En el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM se ha propuesto que la base constitucional del gobierno de coalición en el ámbito federal se regule en una ley de desarrollo constitucional,[10] y que, por tanto, el objeto y condiciones de esta modalidad de gobierno no sea acordada libremente por los partidos políticos, como sucede generalmente en otras experiencias comparadas nacionales de sistemas parlamentarios. Una primera razón jurídica para establecer el gobierno de coalición en México regulado por una ley de desarrollo de la Constitución, es que se trata de configurar las relaciones entre dos poderes públicos a partir del esquema de separación orgánica dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, ya que la Constitución mexicana —a renglón seguido de la separación orgánica— configura estrechas interrelaciones competenciales entre los poderes ejecutivo y legislativo dispuestas sobre todo en los artículos 72, 73, 74, 76 y 89. En segundo lugar, y visto desde un contexto más amplio, se ha considerado que la ley de desarrollo constitucional sobre el gobierno de coalición es necesaria porque en conexión con otras leyes configura la forma de operación de la democracia representativa mexicana, de forma tal que, por un lado, las preferencias electorales de los ciudadanos se puedan traducir eficazmente en políticas públicas dentro de un programa de gobierno con viabilidad política y, por otro, que el sistema de control político desde el Congreso sobre el gobierno garantice un mejor desempeño de este último.[11]

Como ya se apuntó, no se ha pasado por alto que la proposición de una ley de desarrollo constitucional propuesta por investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM contrasta con la práctica observable en el gobierno de coalición del sistema parlamentario, cuyas coaliciones se rigen por convenciones políticas entre grupos parlamentarios.[12] La explicación de ello se encuentra en que en este último sistema de gobierno las convenciones políticas regulan relaciones intraorgánicas del Congreso, esto es, que atañen a un poder público únicamente, lo que se tiene como acorde con las fuentes del derecho que la Constitución de cada país con sistema parlamentario establece.[13] Pero la convención política en el seno del Congreso mexicano no puede ser fuente de derecho vinculante para regular competencias constitucionales de dos poderes públicos distintos, y menos aún cuando en

[10] Valadés, Diego y Barceló Rojas, Daniel (coords.), *op. cit.*, *Estudio sobre el sistema presidencial mexicano que contiene anteproyecto de ley del gobierno de coalición*.

[11] Córdova, Lorenzo y Salazar, Pedro, "Introducción", en la obra coordinada por los mismos autores, *Constitución, democracia y elecciones: la reforma que viene*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. XI y ss.

[12] Martin, Lanny y Vandberg, Georg, *Parliaments and Coalitions. The Role of Legislative Institutions in Multiparty Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 56 y ss.

[13] Matas Dalmases, Jordi, *La formación de un gobierno de coalición*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 25-53.

México existe ya la posibilidad de que un Presidente de la República llegue a dicho cargo de elección popular por vía de la candidatura independiente, esto es, sin partido político que le apoye en el Congreso.

La proposición sobre la ley de desarrollo constitucional del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM para configurar el gobierno de coalición supone una reinterpretación constitucional de los preceptos constitucionales vigentes sobre las relaciones entre poderes en el sistema presidencial mexicano, esto es, sobre las interrelaciones competenciales de los poderes ejecutivo y legislativo, donde también se considera la posibilidad de un presidente que llegue al cargo como candidato independiente sin partido político. Como sostiene Keith Whittington sobre el sistema presidencial norteamericano[14] y Héctor Fix-Zamudio para el mexicano, el Congreso y el Presidente son intérpretes constitucionales cuando se refiere a configurar las relaciones entre poderes.[15] Y una forma privilegiada de hacerlo es a través de la ley. También se puede ubicar una razón política para configurar este régimen en una ley de desarrollo constitucional antes que dejarlo en acuerdos interpartidistas, que tiene que ver con la cultura política mexicana que se caracteriza por la desconfianza entre los actores políticos en temas de distribución del poder, razón por la cual acuden a llevar en forma por demás detallada a la Constitución tales arreglos distributivos.[16] Por último, existe también una razón de orden práctico para elaborar y aprobar una ley reglamentaria del gobierno de coalición, que es la de servir como carta de navegación para conducirse con una modalidad de gobierno poco conocida en México.

Con las consideraciones anteriores en mente, se considera que la Constitución de un estado y la correspondiente ley de desarrollo constitucional del gobierno de coalición deben definir qué es el gobierno de coalición y establecer el objeto, las bases y los procedimientos para la construcción de esta modalidad de gobierno, que incluye como mínimo los siguientes elementos:

- El objeto del gobierno de coalición es la concertación de un convenio para elaborar un programa de gobierno compartido entre varios partidos políticos con representantes en el Congreso local, y el compromiso de apoyarlo en sede ejecutiva y parlamentaria en ejercicio de sus respectivas competencias constitucionales.
- El programa de gobierno establece los grandes objetivos de la acción pública, las prioridades entre ellos, y los medios (políticas públicas y soporte fiscal) para alcanzarlos; se nutre de los programas electorales de la última elección a la que concurrieron los distintos partidos políticos, y en su caso, del candidato independiente a gobernador del estado.

---

[14] Whittington, Keith, *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, pp. 22 y ss.

[15] Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005, pp. 72 y ss.

[16] Fix-Fierro, Héctor, "Reformas constitucionales y cultura de la Constitución en México. Reflexiones a propósito de las deformaciones y disfunciones de un texto constitucional casi centenario", en Serna de la Garza, José María (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 379 y ss.

- El gobernador del estado, por conducto del Secretario de Gobierno, debe exponer y someter a la consideración del Congreso estatal —en sesión de pleno— el convenio y el programa de gobierno de coalición. El Congreso aprueba los contenidos por mayoría simple en una segunda sesión convocada expresamente para ese propósito. O alternativamente, a manera de un proceso de aprendizaje político transitorio cuando la élite política estatal por su escaso desarrollo lo sugiera, que el Congreso para evitar bloqueos solamente opine a través de los distintos grupos parlamentarios. El procedimiento debe ser desarrollado en la ley.
- El gobernador del estado, por conducto del Secretario de Gobierno, debe presentar a la consideración del Congreso —en sesión de pleno— los nombramientos de los integrantes de su gabinete. El Congreso abre inmediatamente un periodo de cinco días para que en comisiones se examine la idoneidad profesional y ética de las personas propuestas, quienes deberán comparecer y responder las preguntas orales que se les formulen; concluidas las sesiones de evaluación, el Congreso aprueba por mayoría simple la composición del gobierno en una segunda sesión de pleno. O alternativamente, como se apuntó en el acápite anterior, a manera de un proceso de aprendizaje político transitorio cuando la élite política estatal por su escaso desarrollo lo sugiera, que el Congreso —para evitar bloqueos— solamente opine sobre dichos nombramientos a través de los distintos grupos parlamentarios una vez sometidos a escrutinio en comisiones los funcionarios nombrados por el gobernador. El procedimiento debe ser desarrollado en la ley.
- Las sesiones de pleno de presentación y aprobación del convenio y del programa, deben ser separadas y sucesivas con respecto a las sesiones de presentación y aprobación de los nombramientos del gabinete.
- El gabinete debe contar con potestades establecidas en la Constitución del estado para conocer y opinar sobre las principales decisiones que el titular del Poder Ejecutivo debe tomar por disposición de la Constitución local.
- El gabinete se debe configurar en la Constitución local como un órgano dentro del Poder Ejecutivo que asume colectivamente la responsabilidad política por la acción de gobierno, y la promueve y defiende ante los representantes populares y los representados; complementariamente, los secretarios individualmente considerados que integran el gabinete asumen la responsabilidad política individual por el desempeño de su respectiva dependencia.
- El Secretario de Gobierno se concibe como jefe del gabinete por acuerdo del gobernador, con potestades de coordinación dentro del gabinete y de interlocución con el Congreso del estado.
- El Secretario de Gobierno debe comparecer mensualmente ante el Congreso del estado para desahogar preguntas orales en sesiones de control por materias previamente convenidas, acompañado del secretario de despacho o secretarios a los que conciernen dichos asuntos. En Congresos numéricamente nutridos como el del Estado de México o el de Veracruz, es de considerar la conveniencia de establecer las sesiones de control en el seno

de las comisiones; por contraste, en los Congresos locales con pocos integrantes, con partidos de oposición con escasos representantes, como es el caso de Campeche, Coahuila, o Baja California, entre otros, las sesiones de control del gobierno deben ser en sesiones de Pleno, con preguntas donde se priorice las formuladas por los integrantes de la comisión parlamentaria que corresponda.

- El Congreso del estado debe tener la potestad constitucional de convocar a una sesión de interpelación a un secretario de despacho, y aprobar por mayoría absoluta su remoción del cargo con carácter vinculante para el gobernador. El procedimiento debe ser desarrollado en la ley.
- La comunicación entre el jefe del gabinete y los coordinadores de los grupos parlamentarios de los partidos políticos coaligados se establece con una frecuencia predeterminada de una semana, a la que se sugiere denominar en la ley como Conferencia Permanente del Gobierno de Coalición.
- La ley de desarrollo constitucional debe establecer las causas ordinarias y anticipadas para la disolución del gobierno de coalición.
- El Consejo Político del Gobierno de Coalición se debe considerar y establecer en la ley de desarrollo constitucional como un órgano consultivo conformado por el gobernador del estado, su jefe de gabinete, los coordinadores de los partidos políticos coaligados en el Congreso del estado, y sus respectivas dirigencias partidistas locales. Debe sesionar de manera ordinaria una vez por año.

En suma, el régimen de gobierno de coalición permite reconciliar el sistema presidencial local mexicano, dentro de un entorno que hoy se caracteriza por el multipartidismo. En este contexto institucional pluralista, la exposición del programa de gobierno en sede parlamentaria y su aprobación por mayoría en el Congreso estatal —o alternativamente las expresiones sobre el mismo por grupos parlamentarios— tiene varias lecturas sistémicas que permiten valorar su congruencia con la democracia representativa de nuestros días. Las más importantes son:

a) El programa de gobierno es la traducción entre los programas electorales que en las últimas elecciones los partidos políticos ofrecieron a los ciudadanos —y que los ciudadanos votaron— y su concreción en acciones públicas efectivas.
b) El programa de gobierno establece un conjunto de acciones concretas por las cuales serán medidos objetivamente el gobierno y sus integrantes; y con base en dichas acciones mensurables se les exigirán responsabilidades políticas, tanto en el seno del Congreso como por los electores en la siguiente jornada electoral.
c) El nombramiento de los altos funcionarios que integran el gabinete del gobierno de la coalición —que tienen en conjunto la encomienda de cumplir el programa de gobierno— ha de ser valorado por el Congreso del estado. Este es un eficaz instrumento de control *ex ante* del Congreso local, por

medio del cual desde la legislatura se asegura que las personas nombradas por el gobernador como secretarios de las distintas dependencias, son las más adecuadas para desempeñarlos por sus credenciales profesionales, de solvencia ética, y de compromiso ideológico con el programa de gobierno compartido.

Para concluir este apartado cabe señalar que en la propuesta de configuración constitucional y legal debatida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en el seno de uno de sus claustros académicos, se tomó como base la propuesta del anteproyecto de ley reglamentaria federal de conformidad con el planteamiento que se ha hecho en el libro coordinado por Diego Valadés y Daniel Barceló titulado *Estudio sobre el sistema presidencial mexicano que contiene anteproyecto de ley del gobierno de coalición*, en cuya revisión y concepción participaron además César Astudillo Reyes, Héctor Fix-Fierro, José Gamas Torruco, Pedro Salazar Ugarte y José María Serna de la Garza. Se cita el índice de dicho anteproyecto a continuación y se exhorta al lector a acudir a la obra en la biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Al respecto interesa dejar constancia que como resultado de los debates celebrados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas sobre el gobierno de coalición, se han hecho tres importantes variaciones al modelo que se propone para el ámbito federal en el libro citado en el párrafo anterior. La primera variación consiste en que se ha tenido que conciliar en el anteproyecto de ley reglamentaria de la reforma constitucional federal, la omisión en ésta de la Cámara de Diputados en la construcción del gobierno de coalición. El Poder Revisor de la Constitución federal decidió que fuese la Cámara de Senadores la encargada de construir el gobierno de coalición en sede parlamentaria; ello obligó a los investigadores Valadés y Barceló a incorporar en el anteproyecto de la ley reglamentaria a la Cámara de Diputados la llamada Conferencia Permanente del Gobierno de Coalición, y a los dirigentes de los partidos políticos en el Consejo Político del Gobierno de Coalición. Por lo que se refiere a la propuesta para la Constitución del estado, considerando que el Poder Legislativo se integrará por una sola cámara, se facilita la configuración de las relaciones del parlamento local con el titular del Poder Ejecutivo a través de la Conferencia Permanente del Gobierno de Coalición del estado, compuesta por menos integrantes que en el modelo federal.

El segundo cambio del modelo federal con respecto al que aquí se propone para los estados, tiene que ver con el escenario en caso de que el gobernador decida no construir un gobierno de coalición. En el esquema federal, por disposición de la Constitución según la reforma de febrero de 2014, si el Presidente decide no formar una coalición, puede nombrar y remover libremente a sus funcionarios como hasta ahora lo ha hecho, con la sola excepción del Secretario de Hacienda. En este ensayo considero inapropiada esta trascendente facultad discrecional del titular del Poder Ejecutivo y, por tanto, no se sugiere que se adapte de la misma forma en la Constitución estatal. Se estima como una garantía para el mejor desempeño del gobierno —y por tanto en abono del derecho al buen gobierno de los gobernados— que, aun

cuando el jefe del Poder Ejecutivo opte por no formar un gobierno de coalición, debe no obstante ello acudir al Congreso para presentar los nombramientos de los integrantes de su gobierno para recibir la opinión y consentimiento del Congreso, lo que reduce la posibilidad de nombramientos claramente arbitrarios.

Esta última medida que busca un mejor desempeño del gobierno, puede resolver al mismo tiempo la inquietud que se planteó en el debate académico celebrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el sentido de que no debería ser opcional para el jefe de gobierno la coalición cuando su partido político no haya obtenido un mínimo de votos populares y por tanto de representantes en el Congreso que hagan viable el programa de gobierno. Como se apuntó al inicio de este ensayo, algunos investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas y actores políticos nacionales se pronunciaron por hacer jurídicamente obligatorio el gobierno de coalición si no se supera un umbral de votos y de representantes populares en el Congreso, mientras que otros consideramos que esa decisión debía dejarse a la valoración política del jefe del gobierno del estado. Quienes nos situamos en esta última proposición consideramos que hay suficientes incentivos políticos sobre el gobernador de un estado para conformar una coalición, ya que aun en el caso de no optar por la coalición, ha de acudir de cualquier manera al Congreso para que sean aprobados los nombramientos de los miembros de su gabinete, sus leyes y sus presupuestos anuales.

El tercer cambio estriba en que en el anteproyecto de ley federal suscrito en el libro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, coordinado por Valadés y Barceló, no se estableció una censura vinculante inmediata del Congreso sobre el Presidente para remover a un secretario de Estado en una única sesión de interpelación, pues se requiere que se repruebe en dos periodos ordinarios consecutivos al funcionario censurado; mientras que en el proyecto sugerido para los estados en este ensayo se determinó fortalecer las potestades de control del congreso local con este importante instrumento de censura vinculante en una sola sesión de interpelación, lo que teóricamente garantizará un mejor desempeño de los altos funcionarios del gobierno estatal.

Se presenta a continuación el esquema del anteproyecto de ley reglamentaria contenido en el libro citado, que se tomó como base para la discusión sobre la configuración constitucional y legal del gobierno de coalición para este ensayo, anteproyecto que fue debatido y adaptado en la sesión académica celebrada el 11 de mayo de 2016 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas para la Ciudad de México.

La Ley del Gobierno de Coalición Reglamentaria de los artículos 76, fracción II y 89, fracción XVII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se compone de 42 artículos divididos en tres títulos. El Título Primero se denomina Disposiciones Generales; el Título Segundo Del Convenio de Coalición y del Programa de Gobierno; el Título Tercero Del Gabinete del Gobierno de Coalición; y el Título Cuarto Del Presidente de la República sin Partido Político. Cada uno de los artículos se identifica por número ordinal y por su contenido, y se agregan de la forma en que se indica a continuación:

Título Primero
Disposiciones Generales.
Artículo 1. Objeto de la Ley.
Artículo 2. Conceptos jurídicos de la Ley.

Título Segundo
Del Convenio de Coalición y del Programa de Gobierno de la Coalición.
Artículo 3. Marco regulatorio básico del gobierno de coalición.
Artículo 4. Del objeto del convenio.
Artículo 5. Cláusulas del convenio del gobierno de coalición.
Artículo 6. Constitucionalidad y legalidad del objeto del convenio.
Artículo 7. Del contenido del programa de gobierno de coalición.
Artículo 8. Construcción informada del gobierno de coalición.
Artículo 9. Modificación del programa de gobierno de coalición.
Artículo 10. Formalidades del convenio.
Artículo 11. De la aprobación del convenio y del programa de gobierno por el Senado.
Artículo 12. Formación del gobierno de coalición durante el receso del Congreso de la Unión.
Artículo 13. Prerrogativas de los grupos parlamentarios durante el periodo del gobierno de coalición.
Artículo 14. Disciplina de voto de los partidos políticos coaligados.
Artículo 15. Variación en la integración interpartidista del gobierno de coalición.
Artículo 16. Causas de disolución del gobierno de coalición.
Artículo 17. Formalidad de la disolución.
Artículo 18. Subsistencia del convenio por retirada de un partido político coaligado.

Título Tercero
Del Gabinete del Gobierno de Coalición.
Capítulo I. Del Gabinete.
Sección I. De la responsabilidad política colectiva.
Artículo 19. De las potestades constitucionales del Presidente y su responsabilidad política.
Artículo 20. De la responsabilidad política colectiva del Gabinete.
Artículo 21. De las obligaciones y responsabilidad política de los Secretarios de estado.
Artículo 22. De la responsabilidad política de los Subsecretarios de Estado.
Artículo 23. Marco jurídico del Gabinete del gobierno de coalición.
Artículo 24. Composición del Gabinete del gobierno de coalición.
Artículo 25. Estructura del Gabinete.
Artículo 26. Apoyo técnico del Gabinete.
Artículo 27. Potestad de nombramiento y ratificación de los integrantes del Gabinete del gobierno de coalición.
Artículo 28. Procedimiento de nombramiento y ratificación de los integrantes del Gabinete del gobierno de coalición.
Artículo 29. De las audiencias para la ratificación de gobierno.
Artículo 30. De la evaluación de los miembros del gobierno.
Artículo 31. Reglas de debate del Gabinete.
Artículo 32. Reglas de funcionamiento del Gabinete.
Artículo 33. Obligaciones y potestades del Gabinete del gobierno de coalición.

Artículo 34. Del procedimiento legislativo del Gabinete del gobierno de coalición.
Artículo 35. Del procedimiento reglamentario del Gabinete del gobierno de coalición.
Artículo 36. Diferendos convenidos y de la forma de su tratamiento.
Capítulo II. Del Secretario de Gobernación.
Artículo 37. Facultades y obligaciones del Secretario de Gobernación.

Capítulo III. De los Secretarios de Estado y Subsecretarios.
Artículo 38. Renuncia de los Secretarios del Gabinete del gobierno de coalición.
Artículo 39. Remoción de los Secretarios del Gabinete del gobierno de coalición.
Artículo 40. Cese de los Secretarios del Gabinete del gobierno de coalición.
Artículo 41. Función y nombramiento de los Subsecretarios de Estado.

Capítulo IV.
Del Presidente de la República sin partido político.
Artículo 42. Del Presidente de la República emanado de candidatura independiente.

V. Razones estructurales para establecer el gobierno de coalición en la Constitución y leyes de los estados

El gran objetivo de la configuración constitucional y legal para establecer el gobierno de coalición en la Ciudad de México es construir una forma de gobierno que, por el solo efecto de su diseño, promueva el ejercicio eficaz pero racional del poder, con rendición de cuentas y exigencia de responsabilidades políticas sobre el gobierno como órgano, sobre cada uno de sus integrantes, y sobre los partidos políticos coaligados. En último término busca satisfacer el derecho al buen gobierno de los gobernados.

1. *El problema del carácter unipersonal del Poder Ejecutivo para la toma de las decisiones públicas y su correctivo*

Problema: Actualmente por disposición de las Constituciones estatales y de las leyes orgánicas de los poderes ejecutivos, todos los órganos públicos superiores de los estados toman de manera colegiada sus decisiones más trascendentes, con la única salvedad del titular del Poder Ejecutivo. El Congreso de cada estado; los Tribunales Superiores de Justicia de los estados deliberando en Pleno o en Salas; o los órganos colegiados autónomos estatales, todos acuerdan por mayoría después de un diálogo público, como viene exigido por el principio democrático; pero en cambio los gobernadores de los estados hoy día pueden elaborar y aprobar unilateralmente el programa de su gobierno (presupuesto de egresos, que es su programa de gobierno traducido en valor monetario), así como nombrar y remover libremente a los miembros de su gobierno sin tomar en consideración la opinión de nadie. Tal soliloquio

no es democrático ni racional. Va en contra de la técnica milenaria del diálogo como método para llegar a la mejor decisión pública desde la razón aportada por varias mentes.

Correctivo: El gobierno de coalición con un gabinete pluripartidista con potestades establecidas en la Constitución local y en la ley reglamentaria para obligar a la colegiación en la *deliberación* de la toma de las grandes decisiones públicas, corregiría este grave defecto. El gobernador puede conservar la potestad de decidir, pero ha de hacerlo obligatoriamente antes de escuchar las opiniones informadas de los integrantes del gabinete.

2. *El problema de la baja legitimación democrática del gobernador y su correctivo*

Problema: En las últimas elecciones los gobernadores de los estados han obtenido mayorías relativas en sus victorias electorales. Y a pesar de que éstos no cuentan con la mitad más uno de apoyo político de los electores de sus respectivos estados, el titular del Poder Ejecutivo toma íntegramente las decisiones políticas para todos con base únicamente en la plataforma electoral de su partido político al momento de descargar su obligación constitucional de presentar el presupuesto de egresos —que es de hecho un programa de gobierno traducido en valor monetario— y en adición nombra discrecionalmente a los ejecutores de las políticas públicas.

Correctivo: El gobierno de coalición obliga a asumir con realismo el déficit de legitimidad del gobernador, y a construir un programa de gobierno con políticas públicas de otros partidos que recibieron el respaldo de los votos de los ciudadanos, y con los cuales —sumados— se puede superar el 50% de los votos de los ciudadanos que dichos partidos políticos representan.

3. *El problema de la fragmentación partidista en el Congreso y su correctivo*

Problema: El partido político en el gobierno, por efecto del sistema de partidos políticos múltiple existente en los estados, por disposición de los artículos 41 y 116 de la Constitución federal, tiene pocas posibilidades de obtener mayoría absoluta en el Congreso de un estado. Ello implica que los jefes de gobierno no obtienen el apoyo necesario en el Congreso estatal para hacer realidad la oferta de gobierno ofrecida a los ciudadanos en su plataforma electoral. Tal situación es una constante por efecto del diseño electoral.

Correctivo: La negociación de un programa de gobierno compartido con partidos políticos distintos al partido en el gobierno —respaldados todos ellos por votos ciudadanos que se suman—, y que cuentan con representantes en el Congreso, es la fórmula para superar este problema de gobernanza democrática que afecta gravemente la percepción ciudadana sobre la democracia representativa.

4. *El problema de la ausencia de controles parlamentarios eficaces y de exigencia de responsabilidades políticas y su correctivo*

Problema: El sistema presidencial unipersonal establecido en la Constitución de 1917, que posteriormente migró a las Constituciones de las entidades federativas, configuró un sistema de control congresual sobre el gobierno de carácter *ex post* a partir de la cuenta pública, sin posibilidad de sanciones parlamentarias eficaces en tiempo real por el bajo desempeño gubernamental del gobierno y de sus integrantes. Ello fomenta la corrupción y el dispendio, es decir, el mal gobierno.

Correctivo: El control del Congreso local sobre la acción del gobierno del estado será mayor y más oportuna porque se producirá en tiempo real tanto en el seno del gabinete como en las comisiones y plenos del Congreso del estado; y se sancionará el bajo desempeño individual de los secretarios mediante la censura congresual.

5. *El problema de la presunta corrupción de los parlamentarios y su correctivo*

Problema: Se afirma en los medios de comunicación social y en círculos políticos de oposición, que los jefes de los poderes ejecutivos de las entidades federativas —la Ciudad de México incluida— han logrado obtener apoyo en sus respectivos Congresos para sus principales acciones de gobierno, en ocasiones mediante la corrupción de los legisladores de manera individual.

Correctivo: El gobierno de coalición puede corregir este peligro ya que el convenio de coalición tiene como objeto la toma de decisiones conjuntas y el apoyo parlamentario por toda una legislatura para llevar a efecto el programa de gobierno completo y, por tanto, el gobernador no tiene que negociar en cada ocasión con los diputados individuales cada una de las acciones de gobierno que requieren aprobación congresual.

LA NOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA*

Rodrigo BRITO MELGAREJO**

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 ha hecho que surjan nuevos esquemas en materia de derechos humanos en nuestro país al introducir principios, instituciones y mecanismos que conforman un nuevo paradigma constitucional.[1] La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, señaló que: "Este cambio trascendental exige a todos los operadores jurídicos un minucioso análisis del nuevo texto constitucional, para determinar sus alcances y reinterpretar aquellas figuras e instituciones que resulten incompatibles o que puedan obstaculizar la aplicación y el desarrollo de este nuevo modelo".

Este análisis al que se refiere la Corte requiere, necesariamente, estudiar el cambio del Capítulo I del Título Primero de la Constitución, así como el del primer párrafo del artículo 1o., pues con la reforma de 2011 se recogió finalmente en el texto constitucional la distinción entre derechos humanos y garantías, retomando una discusión que desde las sesiones del Constituyente de 1917, no había vuelto a presentarse con fuerza fuera del ámbito académico.

Esta situación, sin embargo, tuvo como consecuencia que dicha modificación fuera una de las que más concentrara la atención durante el procedimiento de reforma constitucional. Incluso se destacó en él que una de las propuestas fundamentales que integraban el paquete de reformas en materia de derechos humanos era aquella con la que se pretendía incluir en la Constitución el término de "Derechos humanos" y con ello subrayar su carácter de derechos diferenciados de la naturaleza del Estado. Con esta idea como eje principal se actualiza la terminología utilizada en

---

* Publicado originalmente en Guerrero Galván, Luis René y Pelayo Möller, Carlos María (coords.), *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

Al escribir este texto, los comentarios de Amauri Daniel Coutiño Rodríguez fueron de gran valía, por lo que no puedo sino expresar aquí mi gratitud y reconocimiento por su apoyo.

** Docente investigador de la Facultad de Derecho de la UNAM.

[1] Córdova Vianello, Lorenzo, "La reforma constitucional de derechos humanos: una Revolución Copernicana", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 61, núm. 256, pp. 78 y 79.

el texto constitucional al dejar de hablar simplemente de "Garantías individuales", para hacer referencia a los "Derechos humanos y sus garantías".[2] La pregunta que surge entonces es si dicha reforma implica en realidad cambios trascendentales en la concepción que se tiene de los derechos en nuestro país o si es simplemente una modificación semántica.

La doctrina se ha ocupado de esta distinción conceptual haciendo evidente que estos términos no son equivalentes y el uso de uno u otro tiene importantes alcances, por lo que no pueden emplearse de manera indistinta. La palabra "garantía" proviene del término anglosajón *warranty* o *warantie*, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (*to warrant*), por lo que, como señala Ignacio Burgoa, ésta tiene una connotación muy amplia. "Garantía", entonces, equivale, en términos generales, a "aseguramiento" o "afianzamiento", pudiendo denotar también "protección", "respaldo", "defensa", "salvaguardia" o "apoyo".[3]

En el campo del derecho, la palabra "garantía" ha tenido un uso general como sinónimo de protección jurídico-política y es un concepto que, en principio, perteneció al derecho privado, de donde tomó su acepción general y su contenido técnico-jurídico;[4] sin embargo, en el ámbito del derecho público, esta palabra adquirió jerarquía de carácter institucional en Francia, donde empezó siendo una forma especial, propia de los preceptos constitucionales y de las declaraciones que contemplaban derechos. Prueba de ello son los artículos 12 y 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que representan el primer caso histórico de empleo de la palabra "garantía" con aplicación al derecho público. En estos casos el vocablo se encuentra en su acepción de respaldar, asegurar, consagrar o salvaguardar los derechos del hombre y del ciudadano, mediante una protección eficaz, que nace de la sociedad y que se lleva a cabo por el Estado y sus órganos.[5]

Desde Francia, la palabra "garantía" y el verbo "garantizar" se exportaron a otros países en cuya legislación aparecen desde mediados del siglo XIX, aunque en la mayor parte de los casos, las Constituciones que surgen en esa época emplean el verbo "garantizar" para referirse al reconocimiento y la proclamación de derechos cuya existencia se considera anterior a la Constitución y al Estado mismo.[6] Sin embargo, con el tiempo, la doctrina va dotando de nuevos contenidos a este vocablo. Daunou, por ejemplo, en su *Ensayo sobre las garantías individuales,* considera que si bien la autoridad tiene una función tutelar y moderadora en la sociedad, también ésta puede ser acusada de no proteger eficazmente a quienes sufren injurias u ofensas por debilidad, por negligencia, y aun algunas veces por connivencia.

---

[2] Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México*, México, Porrúa, 2013, p. 19.

[3] Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 38a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 161.

[4] Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, México, Ediciones de la Facultad de Derecho-UNAM, 1956, p. 67. En esta obra se señala que en algunos países monárquicos, el vocablo "garantía" se empleó durante mucho tiempo en su acepción común, como un término aplicable exclusivamente a las instituciones de derecho privado.

[5] *Ibidem*, p. 68.

[6] *Ibidem*, pp. 70 y 71.

Es más, para este autor, si en ocasiones se califica a la autoridad de arbitraria, opresiva o despótica, es porque con estas palabras se quieren reprochar a la autoridad agresiones de la clase de aquellas contra las cuales está armada, es decir, violencia, rapiña, ultrajes, etcétera. Partiendo de estas premisas, Daunou señala que las garantías individuales constituyen el empeño que contrae la autoridad de abstenerse de estas conductas y las instituciones que la obligan, en efecto a contenerse. Estas garantías serían, por tanto, "casi los únicos límites que en un Estado grande pueden circunscribir totalmente a la autoridad".[7]

Este punto de vista es compartido por Cherbuliez quien en 1838 publicó en París su obra *Théorie des garanties constitutionnelles*. Para él, en toda sociedad es necesario confiar a hombres el poder social, esto es, poner a su disposición las fuerzas colectivas de la sociedad; sin embargo, esta personificación del gobierno resulta un gran peligro, pues es posible que los hombres que tienen a su cargo las funciones gubernamentales se sirvan del poder social para satisfacer sus tendencias particulares, en los casos frecuentes en que esta satisfacción llegue a ser incompatible con el interés general.

De ahí, dice Cherbuliez, la utilidad de las garantías, es decir, de las disposiciones legales que pueden crear entre los hombres del gobierno intereses opuestos a sus tendencias particulares como miembros de la asociación, a fin de neutralizar estas últimas y de no subsistir y obrar más que las tendencias compatibles en el cumplimiento del fin para el cual se establece todo gobierno.[8] Entendidas de esta manera, las garantías constitucionales pueden considerarse los medios para preservarnos contra la incapacidad o la mala intención de los hombres del gobierno y pueden dividirse en dos clases: garantías anteriores o de eliminación y posteriores.[9]

Las primeras tienen por efecto revestir funciones gubernativas a los hombres que poseen en el más alto grado la predisposición a las aptitudes intelectual y moral, pero estas garantías están lejos de ser suficientes porque es posible, según el profesor francés, engañarse sobre las disposiciones de que se trata. Consecuentemente, es necesario recurrir a las garantías posteriores, que actúan sobre el individuo ya revestido de funciones gubernativas y que pueden dividirse en formales y consecuenciales. Las garantías formales serán, en este sentido, aquellas que actúan sobre la aptitud intelectual y la aptitud moral, mediante ciertas formas prescritas en la distribución, mientras que las consecuenciales serán las que actuarán mediante ciertas consecuencias, adheridas al ejercicio de las funciones.

Para Cherbuliez el fin inmediato de las garantías formales es impedir el abuso del poder social por medio de obstáculos materiales, resultantes de las formas en que cada función está asignada y todos estos modos de acción se relacionan con un solo principio: la división del poder. Por su parte, las garantías consecuenciales actúan por medio de ciertas consecuencias adheridas a los actos de los funcionarios, que

---

[7] Daunou, Pierre Claude François, *Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el estado actual de la sociedad*, México, Imprenta de D. Mariano Ontiveros, 1823, pp. 3-8.

[8] Los planteamientos de Cherbuliez son reproducidos por Sánchez Viamonte, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

[9] *Ibidem*, pp. 73 y 74.

pueden ser de dos especies: de los bienes o de los males y de las recompensas o de las penas. Así, cuando un funcionario tiene que esperar o temer semejantes consecuencias, se dice que es responsable.[10]

Esta acepción de la palabra "garantía", extendida a todas las formas constitucionales que tienden a cualquier forma de protección de la libertad individual fue, siguiendo los planteamientos de Sánchez Viamonte, una de las preferidas por la mayor parte de los tratadistas europeos o americanos. Ahora bien, uno de los principios que guiaron los estudios sobre las garantías con el paso del tiempo fue el hecho de entender la idea de garantía no como protección teórica o abstracta, sino práctica o concreta y además como amparo efectivo. La garantía, desde esta perspectiva, no podía considerarse como: "El régimen institucional en su conjunto, en su condición de ordenamiento jurídico, sino una institución particular, determinada, creada para el amparo o protección de derechos constitucionales afectados por ley o norma de carácter legal (reglamento, ordenanza, edicto, etcétera) o por actos ejecutivos".

Y ese amparo o protección merecería el nombre garantía cuando lograra el máximo de su eficacia práctica mediante una acción judicial. De esta suerte, la garantía se entendió con el paso del tiempo como una institución creada para la defensa concreta y práctica de la Constitución, en los casos particulares en que resultara afectada la vigencia y, también, la supremacía constitucional.[11]

Esta idea se extendió en diversas naciones y todo parece indicar que tuvo una influencia marcada en nuestro país. Y es que si bien en los textos constitucionales anteriores a la norma fundamental que actualmente nos rige se hablaba principalmente de derechos,[12] los problemas que enfrentó su eficacia, hicieron que en 1917 se decidiera poner énfasis en la obligación de respetar y proteger esos derechos a cargo del Estado.

Es necesario recordar que en la Constitución de 1824 no se estableció un catálogo de derechos como tal, situación que cambió en 1836, cuando la primera de las Siete Leyes Constitucionales estaba dedicada a los "derechos y obligaciones" de los mexicanos y habitantes de la República. Es más, en ella se hablaba de los "derechos naturales" de los que gozaban los extranjeros introducidos legalmente en la República, que se sumaban a los establecidos en los tratados para todos los derechos naturales, y además a los estipulados en los tratados para los súbditos de sus respectivas naciones.

Las Bases Orgánicas de 1843, por su parte, establecieron en su segundo y tercer títulos diversos derechos para los habitantes de nuestro país, para los mexicanos y para quienes tenían la condición de ciudadanos.[13] Tiempo después, el Acta Constitutiva y

---

[10] *Idem.*

[11] Sánchez Viamonte, *op. cit.*, p. 75.

[12] Como antecedentes de la Constitución de 1917 en los que se utilizaba la expresión "garantías individuales" para referirse a los derechos sólo pueden mencionarse el Segundo Proyecto de Constitución leído en la Sesión del Congreso de 3 de noviembre de 1842; el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 y el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865.

[13] En este caso, el artículo 10 señalaba que los extranjeros gozarían de los derechos que les concedieran las leyes y sus respectivos tratados.

de Reformas hizo referencia a los "derechos del hombre", denominación que se adoptaría en la Sección I del Título Primero de la Constitución de 1857; sin embargo, hay que considerar que en algunos de estos antecedentes ya aparecían también menciones a las garantías.

El artículo 5o. del Acta Constitutiva y de Reformas, por ejemplo, establecía que para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconocía, una ley fijaría las "garantías" de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozaban todos los habitantes de la República y establecería todos los medios de hacerlas efectivas. En este caso es evidente la distinción que se hace entre derechos y garantías, que se retoma también de algún modo en el texto constitucional de 1857. En dicha Constitución, se nota una marcada influencia naturalista, pues el artículo 1o. establecía que el pueblo mexicano reconocía que los derechos del hombre eran la base y el objeto de las instituciones sociales, además, partiendo de este planteamiento, declaraba que todas las leyes y todas las autoridades del país, debían respetar y sostener las "garantías" que otorgaba la propia Constitución. Es evidente entonces que el Constituyente de 1857 decidió contemplar la distinción entre derechos y garantías, aunque dando prioridad a la idea de los derechos como algo anterior o incluso superior al Estado, pues en este caso el pueblo mexicano no hacía otra cosa que reconocerlos.

La historia, sin embargo, demostraría que a pesar del reconocimiento expreso de un catálogo de derechos en la Constitución de 1857, su eficacia era constantemente puesta en entredicho, lo que ocasionó que Venustiano Carranza, al referirse al tema, buscara de alguna manera cambiar los planteamientos naturalistas propios del texto constitucional para impregnar en su proyecto una visión distinta. De hecho, en el mensaje que pronunció como Primer Jefe del Ejército Constitucionalista ante el Constituyente de 1916-1917, Carranza señaló que:

> El deber primordial del gobierno es facilitar las condiciones necesarias para la organización del derecho o, lo que es lo mismo, cuidar de que se mantengan intactas todas las manifestaciones de libertad individual, para que, desarrollándose el elemento social, pueda, a la vez que conseguirse la coexistencia pacífica de todas las actividades, realizarse la unidad de esfuerzos y tendencias en orden a la prosecución del fin común: la felicidad de todos los asociados.
>
> Por esta razón, lo primero que debe hacer la Constitución política de un pueblo, es *garantizar*, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana, para evitar que el gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivos que siempre alegan los tiranos para justificar sus atentados, tenga alguna vez de limitar el derecho y no respetar su uso íntegro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual y la actividad social, esclavizando al hombre y a la sociedad bajo su voluntad omnipotente.
>
> La Constitución de 1857 hizo […] la declaración de que los derechos del hombre son la base y objeto de todas las instituciones sociales; pero, con pocas excepciones, no otorgó a esos derechos las *garantías* debidas, lo que tampoco hicieron las leyes secundarias, que no llegaron a castigar severamente la violación de aquéllas, porque sólo fijaron penas nugatorias, por insignificantes, que casi nunca se hicieron efectivas. De manera que, sin temor de incurrir en exageración, puede decirse que a pesar de la

> Constitución mencionada, la libertad individual quedó por completo a merced de los gobernantes.[14]

Carranza señala además que el número de atentados contra la libertad y sus diversas manifestaciones en el tiempo en que rigió la Constitución de 1857 era sorprendente, pues todos los días había quejas contra los abusos y excesos de los gobernantes, sin que la autoridad judicial de la Federación hiciera esfuerzos para reprimir ese mal, ni mucho menos para castigarlo. Por ello, el jefe del Ejército Constitucionalista consideró que la simple declaración de derechos, que podría bastar en un pueblo de cultura elevada, en que la sola proclamación de un principio fundamental de orden social y político, sería suficiente para imponer respeto, resultaba un valladar ilusorio en nuestro país, donde por una larga tradición y por usos y costumbres inveterados, la autoridad había estado investida de facultades omnímodas, donde se atribuía poderes para todo y donde el pueblo no tenía otra cosa que hacer más que callar y obedecer.[15]

A corregir ese mal se enfocaron las diversas reformas que Carranza propuso respecto a la Sección I del Título Primero de la Constitución de 1857, mediante las cuales dicha sección, que se convertiría finalmente en el Capítulo I del texto constitucional de 1917, se denominaría "De las garantías individuales". Hilario Medina, diputado participante en el Constituyente, refiere sobre este punto que al enunciado teórico y filosófico de un conjunto de principios sin efectividad ni sanción, se sustituyeron las promesas solemnes del poder público por medio de las instituciones, de dar a cada individuo un conjunto de zonas infranqueables cuyo objeto era hacer que se respetaran sus libertades, sus propiedades, su seguridad y la igualdad de todos los componentes de la sociedad.[16]

De los debates del Constituyente, sin embargo, no es posible determinar si con el cambio de denominación del Capítulo I se buscaba adherir a la Constitución de 1917 a la tesis iusnaturalista (los derechos son inherentes a la persona), que fue la predominante durante el siglo XIX o a la positivista (los derechos son creados por el orden jurídico). Como señala Fix-Fierro, hay indicios para suponer que el Constituyente de 1916-1917 no tenía una idea precisa de lo que implicaban ambas concepciones (y, por lo tanto, tampoco pretendió zanjar la discusión), pero sí consideraba que los derechos debían quedar claramente establecidos y definidos en la Constitución.[17]

Esto se hace evidente en la 11a. sesión ordinaria del Constituyente que se celebró en el Teatro Iturbide la mañana del miércoles 13 de diciembre de 1916, en

---

[14] Cursivas nuestras. La versión íntegra de las palabras de Carranza puede consultarse en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, 24a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 745-764.

[15] *Ibidem*, pp. 749 y 750.

[16] Estas palabras se encuentran en la introducción que hace Hilario Medina al *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917,* México, Ediciones de la Comisión Nacional para la Celebración del Sesquicentenario de la Proclamación de la Independencia Nacional y del Cincuentenario de la Revolución Mexicana, 1960, t. I, p. 19.

[17] Fix-Fierro, Héctor, comentario al artículo 1o. constitucional, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada,* 13a. ed., México, Porrúa-UNAM, t. I, p. 3.

la que se presentó el dictamen sobre el artículo 1o. constitucional. En ella, Rafael Martínez de Escobar, después de señalar la influencia de la Constitución de Estados Unidos, del texto gaditano de 1812 y de la Constitución francesa de 1793 en el constitucionalismo mexicano, señala que esta última tiene un influjo especial en cuanto a los derechos del hombre, pues:

> Allí se proclamaron esos derechos y en nuestra Constitución de 57, si la vamos estudiando, no al pasar de la mirada, indudablemente vamos viendo que en esa declaración de los derechos del hombre hay una imitación; pero no una imitación a propósito, sino una imitación inconsciente —digámoslo así—, porque es natural que si los derechos del hombre surgieron a la maldad del gran tirano de los Borbones, aquí también, en virtud de los grandes despotismos en nuestras instituciones republicanas, surgieron los derechos del hombre como limitación del poder público; esos derechos, que son parte integrante de la naturaleza humana, que son el elemento constitutivo del hombre, que en algunas partes se sostiene que son ilegislables, porque hay algo que no se le puede quitar al hombre.[18]

Además señala que en nuestra Constitución existen tres clases de principios: el derecho social, el derecho político y el derecho administrativo. Al referirse al primero de dichos principios, Martínez de Escobar refiere que éste es "todo eso que se llama derechos del hombre o garantías individuales", pero que, en su opinión, deberían llamarse garantías constitucionales, pues en los artículos que contemplan estos derechos está "el principio del derecho social sin discusión; son disposiciones que han determinado la libertad del individuo en la sociedad, en tanto que en esta sociedad así constituida vino a restringirse la libertad individual en provecho de la libertad social".

Pero también menciona, haciendo eco del discurso de Carranza, que la libertad, la propiedad, la seguridad y la igualdad, como un conjunto de manifestaciones liberales de los derechos del hombre que se distingue en los primeros artículos de la Constitución, no se habían podido llevar a la práctica porque los gobiernos eran enteramente tiránicos y despóticos y ellos mismos habían contribuido a que aquellas leyes fueran letra muerta, fueran papeles mojados, y aquellas leyes no llevaran dentro de sí el espíritu que las dictaba.[19]

Rafael Martínez de Escobar pensaba que el término "derechos del hombre" era más adecuado que el de "garantías individuales", pero consideraba también que era aún más conveniente usar en la norma fundamental el término "garantías constitucionales", pues en esa expresión genérica, podían concurrir y coexistir tanto las garantías individuales, como las sociales. Pero a pesar de las precisiones que hace, este integrante del Constituyente se pronuncia a favor de los cambios contenidos en la propuesta del artículo 1o., criticando la ineficaz elocuencia de la redacción contenida en el texto constitucional de 1857. Para él:

---

[18] *Diario de los Debates...*, *cit.*, pp. 621-623.

[19] *Idem.*

> La redacción del 57 es acariciadora, arrulla a los oídos como música del cielo, embriaga a las multitudes, al que las lee, al que gusta de leerlas, al que gusta de la belleza; seguramente al ciudadano diputado Cravioto le debe producir una hermosísima y encantadora impresión. A mí también me causa esta impresión, aunque no soy artista; encuentro esa redacción sublime, es bellísima, es perfumada; pero debemos despojar nosotros a esos artículos de esa retórica, de ese estilo platónico, de ese lenguaje galano, que es más bien romántico; es lo que hemos heredado de la Constitución francesa, porque quedó ahí el espíritu latino, amante de las frases sonoras y bellas. Pero el artículo, en sí, contiene lo que debe contener, responde de una manera intensa a los anhelos del pueblo: las garantías individuales, porque son la base de todas nuestras instituciones. ¿Los gobiernos necesitan para el bienestar del individuo, protegerlo? Pues ahí están las garantías individuales, y no se suspenderán sino cuando surja una necesidad política y social.[20]

Estos argumentos encontraron la respuesta de José Natividad Macías, quien en la misma sesión, tomó parte en el debate. Para él, las garantías individuales tenían por objeto proteger al individuo y sacarlo de la garra de la opresión en que había vivido. Incurriendo en un error, Macías indicó que la Constitución de 1857 establecía que los derechos "naturales" del hombre, eran la base de las instituciones sociales, y partiendo de este planteamiento —que encontraba más bien sus raíces en la práctica relacionada con los derechos— señaló que esta redacción tenía como inconveniente gravísimo:

> Que como la Constitución no [hacía] la enumeración de los derechos naturales, todo el mundo creyó ver en esto, que no había derecho que no estuviera aprobado por la Constitución; de manera que no solamente se creyó que estaban aprobados los derechos propiamente fundamentales; sino que estaban comprendidos todos los derechos secundarios y políticos, y de ese error surgieron multitud de dificultades. El derecho individual quiso extenderse a otra clase de derechos y la justicia federal se vio de tal manera solicitada, que era imposible que pudieran resolverse todas las cuestiones que con este motivo se presentaron. La redacción de este artículo dio lugar a que el inmortal Batalla formulara un dicho tan conocido por nosotros: "Ni están todos los que son, ni son todos los que están". Porque hay en la sección primera derechos que no son naturales, sino que son políticos, y no están todos los derechos naturales, porque una certeza expresa no ha habido sobre este punto.[21]

Después de exponer estos argumentos, Macías evidencia la confusión que reinaba en el Constituyente sobre la tesis (iusnaturalista o positivista) que adoptaba el texto constitucional de 1917, pero deja claro por qué consideraba conveniente que en el artículo 1o. se hablara de garantías individuales. Este notable Constituyente señalaba que había que rehuir cuidadosamente todas las discusiones filosóficas que no servían más que para hacer confusión de las ideas e inducir a errores que siempre eran perju-

---

[20] *Diario de los Debates...*, *cit.*, p. 624.

[21] *Ibidem*, pp. 627 y ss.

diciales para los pueblos, y, por tanto, era preferible llegar a cosas prácticas y positivas, pues las "Constituciones no necesitan declarar cuáles son los derechos; necesitan garantizar de la manera más completa y más absoluta todas las manifestaciones de la libertad. Por eso deben otorgarse las garantías individuales".

Desde esta perspectiva, José Natividad Macías considera que la apreciación de Martínez de Escobar sobre lo más apropiado de usar el término "garantías constitucionales" era un error gravísimo que no podía dejar pasar desapercibido porque llevaría a una confusión desastrosa y a errores terribles que influirían incuestionablemente en la formación de muchos artículos constitucionales del proyecto de Carranza. Por lo tanto señaló ante el Constituyente:

> El derecho constitucional supone dos puntos elementales que va a combinar el individuo como directo combinante del Estado: la nación y el gobierno. De manera que son los tres elementos forzosos que entran en la composición constitucional política. No puede haber ni ha habido en parte alguna, jamás, una Constitución política, de cualquier pueblo que sea, ya se trate de una dictadura, ya se trate de un imperio o de un gobierno libre, que no tenga forzosamente esos elementos: el individuo, la nación y el gobierno. Son tres elementos inconfundibles y es precisamente a los que me voy a referir, para poder desvanecer la confusión en que ha incurrido el apreciable señor licenciado Martínez de Escobar.
>
> El individuo es, como dicen los tratados, la molécula, la parte principal componente del Estado, tiene que quedar por completo fuera de la nación, fuera del Estado, de manera que ni la nación, ni el gobierno, ni el Estado podrán tener alcance alguno sobre el individuo.
>
> Por eso es que los tratadistas modernos, hombres que han profundizado esta cuestión de una manera minuciosa, ya no opinan que se llamen garantías individuales, sino derechos del hombre, en la Constitución política de los pueblos.
>
> Este es el rubro que aconsejan varios tratadistas modernos; el ciudadano Primer Jefe creyó que era más claro el rubro: "De las garantías individuales", porque habiendo los tres elementos, el individuo, la nación y el gobierno, hay garantías individuales que ven al individuo, al elemento del derecho constitucional que se llama individuo; hay garantías sociales que son las que ven a la nación, a todo el conjunto, a todo el conglomerado de individuos, y hay garantías constitucionales o políticas, que se van ya a la estructura, ya a la combinación del gobierno mismo. Al decir, pues, como el señor Escobar, garantías individuales constitucionales, daríamos lugar entonces a que se viniera a pedir amparo cuando se viole verdaderamente una de las garantías constitucionales, o podríamos dar lugar a que se pidiese amparo cuando se violase una garantía social. Ni las garantías sociales ni las constitucionales están protegidas por el amparo; no están protegidas por el amparo más que las garantías individuales. Las otras garantías, sociales, políticas o constitucionales, están garantizadas por la estructura misma y por el funcionamiento de los poderes.[22]

La idea de ligar a los derechos con los mecanismos para su protección se hace patente en los planteamientos de Macías y, aunque, como se ha mencionado, existía confusión al interior del Constituyente sobre la tesis que se adoptaba con la nueva

[22] *Idem.*

denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución, la fuerza que adquieren en el ámbito de los derechos los medios para hacerlos valer es evidente. Así transcurrirían varias décadas en que las discusiones en torno a la forma en que se trataba el tema en nuestra Constitución se daba simplemente en el ámbito académico; sin embargo, la situación cambió durante el procedimiento de aprobación del paquete de reformas constitucionales en materia de derechos humanos que finalmente se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

Uno de los aspectos que se destacó durante el *iter* que siguieron estas reformas constitucionales, fue incluir en la Constitución el término "Derechos Humanos" y con ello subrayar su carácter de derechos diferenciados de la naturaleza del Estado, al que le corresponde simplemente recogerlos y protegerlos. Con esta idea en mente, y siguiendo diversas sugerencias de organismos en la materia,[23] se actualizó el término utilizado en nuestra Constitución, para pasar de las "garantías individuales" otorgadas por ella, a los "derechos humanos" que simplemente eran reconocidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales. De esta manera se adoptó en nuestro ordenamiento fundamental el término que es mayormente aceptado en el derecho internacional, aunque, cabe decirlo, al conservar también el concepto de "garantías" se retomó la idea prevaleciente en nuestro constitucionalismo de la importancia de estructurar en el texto constitucional las formas que aseguren de manera efectiva su vigencia por medio de mecanismos que los protejan o por medio de los cuales se reparen sus violaciones.[24]

En los documentos que se realizaron sobre la propuesta de reforma a este capítulo de la Constitución se incluyeron planteamientos interesantes para diferenciar claramente a los derechos humanos y las garantías, así como para proteger ambos. Por ejemplo, en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, discutido y votado el 15 de diciembre de 2010, se establecieron los elementos que distinguen a los derechos humanos de las garantías individuales. En este documento se señala que, en términos generales, los derechos humanos pueden definirse como el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada.

Ahora bien, por lo que hace a las garantías individuales, se hace referencia a uno de los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Novena Época, en el que se señalaba que, históricamente, las garantías individuales se habían reputado como aquellos elementos jurídicos que se traducían en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debía tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público. Por lo tanto, eran consideradas como derechos públicos de carácter subjetivo consignados

[23] Entre ellas destacan los planteamientos de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

[24] Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op. cit.*, pp. 19-23.

a favor de todos los habitantes de la República y que daban a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente por medio de la acción constitucional de amparo.[25]

Con estas premisas las Comisiones Dictaminadoras, siguiendo indudablemente los planteamientos que la doctrina había elaborado sobre el tema,[26] señalaron como elementos de las garantías individuales los siguientes:

— Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado (sujeto pasivo);
— Derecho público subjetivo que emana de dicha relación a favor del gobernado (objeto);
— Obligación correlativa a cargo del Estado, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo, y
— Previsión y regulación de la citada relación por la ley fundamental.

En cambio, al referirse a los derechos humanos, las comisiones dictaminadoras encontraron las siguientes características:

— Son universales, porque son para todas las personas sin importar su origen, edad, raza, sexo, color, opinión política o religiosa;
— Son permanentes, porque no pueden limitarse o suprimirse, por el contrario evolucionan para ser más incluyentes;
— Son progresivos ya que satisfacen las necesidades personales y colectivas en continua transformación, se incrementan de la mano del desarrollo social, cultural, económico y político de las sociedades, y
— Son preexistentes al Estado o la norma fundamental y en consecuencia deben ser reconocidos por la Constitución y en el caso de reforma no podrán ser afectados en sus alcances.[27]

En el dictamen se señala entonces como diferencia fundamental que las garantías individuales son los límites de la actuación del poder público consagrados de manera precisa en un texto constitucional y que los derechos humanos son anteriores y superan el poder público, por lo que aunque no estén consagrados en una Constitución el Estado se constriñe a reconocerlos, respetarlos y protegerlos.

Para llegar a esta conclusión, las comisiones dictaminadoras sostuvieron la diferencia entre las concepciones de corte naturalista establecidas en la Constitución de 1857 y el sentido "netamente" iuspositivista que, según señalaron, contenía la Constitución de 1917. Haciendo un análisis de ambos textos en el multicitado Dictamen

[25] Tesis P/J. 2/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, enero de 1997, p. 5.

[26] Los planteamientos de las comisiones retoman los elementos que, a decir de Ignacio Burgoa, forman el concepto de garantía individual. Debe decirse, sin embargo, que para dicho autor, el término "garantías individuales" debía sustituirse por el de "garantías del gobernado", pues este último se adecuaba con justeza a su titularidad subjetiva. Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 3, pp. 177-187.

[27] El dictamen puede ser consultado en *http://www.diputados.gob.mx*.

se indica que "los derechos humanos son concepciones abstractas, con influencia *ius* naturalista, en tanto que las garantías son concepciones concretas e individualizadas, con un esquema positivista".

Además, en este documento se indica también que en el proceso evolutivo de los derechos humanos, las naciones han ido creando la normatividad que en el ámbito internacional se requiere para fortalecerlos y se menciona en este sentido a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos instrumentos jurídicos son considerados al momento de dictaminar la reforma constitucional como la base para el reconocimiento y la protección de los derechos humanos y una de las vías para insertar adecuaciones en el ámbito jurídico de los Estados. Con estos planteamientos, se aceptó proponer la inserción del concepto "derechos humanos" dentro de la denominación del Capítulo I del Título Primero del texto constitucional.

Este cambio abre un nuevo sendero en la concepción de los derechos en nuestro país, pues como señala Juan N. Silva Meza, con la reforma se "busca homologar el lenguaje del texto constitucional con el de los principales cuerpos normativos de fuente internacional, aunque en el interior todavía no se lo uniforme". Además, otro aspecto de gran importancia señalado por Silva Meza es que con estos cambios se acepta la figura de derechos humanos como una de derecho positivo. Para él:

> Por bastante tiempo se ha intentado demeritar la expresión identificándola como un término perteneciente más al ámbito de la moral o la política que al campo del derecho. En demasiadas ocasiones se ha querido reducir a los derechos humanos como pretensiones sociales basadas en una idea de justicia pero sin sustento jurídico. No más de eso. Hoy, apelar a los derechos humanos como fundamento de exigencias sociales, con una argumentación adecuada, encontrará el máximo soporte dentro del sistema jurídico con fuerza normativa constitucional.[28]

El ministro Silva refiere que además del cambio lingüístico y del cambio teórico jurídico que implica la reforma constitucional, ésta también conlleva una transformación, desde el punto de vista extrajurídico, en el modo de concebir los derechos. Y es que a partir de la reforma, debe entenderse que las personas: "no le deben pleitesía, reverencia, acatamiento, sumisión, sometimiento u obediencia alguna al Estado porque les concede graciosamente sus derechos, sino que se sirven de las instituciones estatales y del derecho que las crea, organiza y norma, para que se les reconozcan los derechos por los que históricamente han luchado".

Entonces, "ese cambio de concepción podría también contribuir al más ambicioso cambio cultural de compromiso democrático que se persigue con la reforma constitucional".[29]

---

[28] Silva Meza, Juan N., "El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XVIII, 2012, pp. 154 y 155.

[29] *Idem.*

A estas consecuencias de distinguir entre derechos humanos y garantías se suma otra de vital importancia, que contrasta de manera evidente con los planteamientos del Constituyente: dejar de lado la idea que se hacía presente tanto en el ámbito teórico como en la práctica jurisdiccional, de que en ausencia de las segundas no se contaba con los primeros. Desde esta perspectiva, como señala el propio Silva Meza, no: "existía en realidad un derecho si a la par no se establecía una disposición que incorporara por expreso obligaciones correlativas atribuidas a sujetos bien identificados, y más aún si ante el eventual incumplimiento de aquellas se regulaban mecanismos para revertir su infracción".[30]

Esta visión, minimizaba la fuerza normativa de la Constitución y de los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano que reconocían derechos. Esto era así, como señala el ex presidente de la Suprema Corte, aunque por lo general se guardaba silencio al respecto, pues simplemente se necesitaba de la omisión de legislación ordinaria que desarrollara dichas obligaciones y garantías para hacer de papel a los derechos. Los derechos sociales se veían inmersos precisamente en esta situación dada su falta de exigibilidad y justiciabilidad, pues en realidad esos derechos no eran tal cosa, sino que se presentaban como normas programáticas que las autoridades buscaban alcanzar, pero atendiendo simplemente a criterios de oportunismo. Dicho escenario cambió con la reforma constitucional, pues con la distinción expresa entre derechos y garantías para su protección, aunque falten las segundas, no pueden desconocerse los primeros.[31]

Esta tesis ha sido sostenida por Luigi Ferrajoli, quien señala que si se distinguen derechos y garantías, la ausencia de estas últimas no implica la negación de los derechos, sino que equivale, en cambio, a "una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación".[32] Sin embargo, ante la omisión del legislador, los órganos jurisdiccionales tienen una función fundamental para lograr el cumplimiento y la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y jubilados de la contraloría") *vs.* Perú, señaló que en los trabajos preparatorios sobre el contenido del artículo 26 de la Convención Americana era fuerte el interés de los Estados por consignar una "mención directa" a los derechos económicos sociales y culturales. Además, de acuerdo con los planteamientos de la Corte, en dichos trabajos preparatorios, se evidencia que las principales observaciones sobre las cuales la Convención fue aprobada pusieron especial énfasis en "dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos" y, además, se propuso hacer posible la ejecución de dichos derechos mediante la acción de los tribunales. Después de hacer estos apuntes, la Corte observó que:

---

30 *Idem.*

31 Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, p. 156.

32 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 43. Se deja así de lado la tesis de Kelsen que concebía al derecho subjetivo como un mero reflejo de una obligación jurídica. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979, p. 102.

> el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos "no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo" [*sic*] y que, en esa medida, "requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo […] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [esa] efectividad". En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado *podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.*[33]

El juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor se ha pronunciado también sobre esta materia, a través del voto concurrente que emitió en el caso Suárez Peralta *vs.* Ecuador, donde señala que la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, deriva de la propia Convención Americana. Para sustentar sus afirmaciones, Eduardo Ferrer señala que en la actualidad resultan innegables los avances normativos en los Estados nacionales sobre los derechos sociales y además refiere que estas normas han tenido efectividad en muchas ocasiones por las altas jurisdicciones nacionales, incluso mediante tutela "directa" y utilizando tratados y diversas fuentes internacionales.[34]

Debe señalarse que la Corte Interamericana, si bien no se ha propuesto desarrollar teóricamente la relación entre derechos y garantías, sí distingue estos dos términos. En la Opinión Consultiva OC-8/87[35] señala que "las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho". Además indica que: "Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia".[36]

La Corte considera entonces que existe un vínculo entre ambos conceptos, pero también habla de la relación de éstos con el sistema de valores y principios que los inspira. Además, añade que: "En una sociedad democrática los derechos y liberta-

---

[33] Punto 102 de la sentencia. Cursivas nuestras.

[34] Puntos 74-76 de la sentencia.

[35] De 30 de enero de 1987, sobre el *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

[36] La Corte Interamericana se refiere constantemente en sus sentencias a las garantías procedimentales o judiciales. Esto sucede, por ejemplo, en los casos García y familiares *vs.* Guatemala; Mohamed *vs*. Argentina; Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador; Uzcátegui y otros *vs.* Venezuela; Furlan y familiares *vs.* Argentina; Atala Riffo y niñas *vs.* Chile; Familia Barrios *vs.* Venezuela; López Mendoza *vs.* Venezuela; Rosendo Cantú y otra *vs.* México; Fernández Ortega y otros *vs*. México; Mémoli *vs.* Argentina, y Barbani Duarte y otros *vs*. Uruguay.

des inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros".

Todos estos planteamientos, evidencian que la idea de diferenciar a los derechos de las garantías implica más que una simple distinción semántica, pues una construcción conceptual adecuada determina la forma en que se entienden los derechos y favorece de manera importante su eficacia al dar a la Constitución verdadera fuerza normativa.

Ahora bien, si el primer párrafo del artículo 1o. indica que en nuestro país todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, pero también de las garantías para su protección, cabría preguntarse si dichas garantías se ubican sólo en el primer capítulo del texto constitucional. Sobre el particular puede decirse que incluso desde antes de la reforma constitucional, siguiendo las ideas de Ignacio L. Vallarta, gran parte de la doctrina pensaba que no podía considerarse que las garantías se encontraran sólo en los primeros veintinueve artículos de la Constitución, pues era posible que éstas se hicieran extensivas a otros preceptos de nuestra ley fundamental, cuando implicaran una explicación, ampliación o reglamentación de las normas que expresamente las previeran.[37]

Esta idea adquiere renovados bríos con la reforma de junio de 2011, pues de ninguna manera podría interpretarse la denominación del Capítulo I del Título Primero o los contenidos del primer artículo de la Constitución en sentido restrictivo; por el contrario, pueden considerarse como garantías todas aquellas normas que establezcan obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión) a favor de las personas, así como aquellas que instituyan mecanismos para reparar o sancionar sus violaciones.[38] Ignacio Burgoa señala como un ejemplo en este sentido que:

> Las fracciones II, III, etc., del… artículo 123 fijan las condiciones del desempeño del trabajo y, cuando alguna autoridad las viole en perjuicio de una persona, evidentemente, y a nadie se le ocurriría lo contrario, procede el amparo, no obstante que la supuesta violación se comete contra un precepto constitucional no comprendido dentro de los veintinueve primeros artículos.[39]

Finalmente es pertinente preguntarse si después de la reforma de 2011 existen en México las garantías adecuadas para la protección de los derechos. Al respecto, debe considerarse que en nuestro país rigen diversas normas, nacionales e internacionales, que contemplan medios de protección de los derechos humanos, así como disposiciones que imponen límites a la actuación del Estado y obligaciones prestacionales a cargo de éste para hacer efectivos esos derechos; sin embargo, la

---

37 Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 188.

38 Se sigue aquí el pensamiento de Ferrajoli en *op. cit.*, p. 43.

39 Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 188.

situación que se vive en el país muchas veces hace patente que estos fines están lejos de cumplirse.

Los abusos cometidos por la policía y las fuerzas de seguridad que implican tortura, detenciones arbitrarias o incluso desapariciones forzadas; los ataques a los derechos humanos de periodistas o defensores de derechos humanos; la discriminación y violencia que sufren los indígenas, las mujeres y los migrantes, entre otros grupos vulnerables, sin que tengan posibilidades reales de reparación, así como un inadecuado sistema de justicia cuyos resultados son frecuentemente la impunidad y agresiones a las víctimas,[40] son sólo algunos de los problemas que demuestran que muchas veces el tema de derechos humanos se queda en el ámbito de la retórica, pues aunque los cambios constitucionales son un avance de gran importancia, los estándares internacionales de derechos humanos no se ven reflejados en la práctica.

La Convención Americana, por ejemplo, impone la obligación al Estado mexicano de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en ella a todas las personas que se encuentren en su jurisdicción, pero dicha obligación no se cumplirá si nuestro país no organiza "todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". Y es que, como ha señalado la Corte Interamericana, esta obligación no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía de ese libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.[41] Hasta que esta condición no se cumpla, las reformas no tendrán la plena eficacia que demanda la sociedad mexicana.

[40] Amnistía Internacional, *Los retos de México en materia de derechos humanos,* Secretariado Internacional de Amnistía Internacional, Londres, 2014, p. 3.

[41] Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.

LA CONSTITUCIÓN MEXICANA Y EL CONSTITUCIONALISMO DE PRINCIPIOS

Raúl CERVANTES ANDRADE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Constitución como punto de partida*. III. *Los principios jurídicos*. IV. *Los principios constitucionales*. V. *Los principios en las Constituciones mexicanas*. VI. *Origen del sistema universal de protección de derechos humanos*. VII. *El sistema nacional de derechos humanos*. VIII. *La función de los principios en el régimen jurídico de los derechos humanos*. IX. *Reflexión final*. X. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Las cuatro obligaciones básicas de los Estados en materia de derechos humanos son respetarlos, garantizarlos, adoptar medidas apropiadas y contar con recursos efectivos. En ese sentido, la estrategia más completa y eficiente que podemos impulsar es su promoción. Dar a conocer con amplitud y profundidad el origen, significado, los rasgos esenciales, la fundamentación y los efectos de estas prerrogativas, así como las responsabilidades que implican, es una tarea, lejos de inevitable, muy conveniente. Cuando hablamos de las "obligaciones básicas de los Estados" no sólo nos referimos a las propias de las autoridades, las cuales cada vez quedan más claras en distintos marcos jurídicos, sino también a las de la sociedad. La sociedad es el componente más importante del Estado, de la que surgen, a la que sirven y deben rendir cuenta las autoridades. Aunque pudiera parecer evidente, no está de más insistir (cada vez que tengo oportunidad lo hago) en que la mejor vía para combatir las violaciones a derechos humanos y alcanzar un grado más elevado de su efectividad es la prevención, la cual depende, sobre todo, de la existencia de una amplia cultura social de conocimiento y respeto de los derechos humanos. Que todas las personas

* Doctor en derecho, especialista en cuestiones constitucionales. Senador de la República, presidente de la Comisión Especial para el Diagnóstico y Reflexión sobre el texto que conforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

nos identifiquemos en los "otros como yo", a partir del uso de la razón y la conciencia, es vital para el logro del objetivo común de la humanidad de respetar la dignidad humana sin discriminación ni condicionante.

Por eso celebro la iniciativa del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México de convocarnos a algunos colegas y a mí a participar con reflexiones acerca del contenido del texto constitucional, sus antecedentes, origen y evolución. La celebro porque la creación y divulgación de obras de este tipo constituyen aportaciones, en este caso desde el área de la investigación académica, a la promoción del derecho. Además, el hecho de que tales reflexiones tengan lugar en el marco del cumplimiento del Centenario de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, le confiere un mérito adicional, pues este relevante acontecimiento histórico debe ser una oportunidad para que todos los mexicanos —no sólo los abogados ni los especialistas en derecho constitucional— reflexionemos en torno a los valores y principios que nos han dado identidad, unidad y desarrollo. Hacerlo nos permitirá contar con una prospectiva constitucional para las próximas décadas acorde con las exigencias y expectativas de la sociedad contemporánea.

En ese contexto, el presente ensayo tiene por objeto profundizar en el modelo de constitucionalismo de principios, en el marco del Estado constitucional democrático mexicano, sobre el cual, apoyado en las corrientes contemporáneas y fruto de años de estudio y de experiencias jurídicas, he realizado algunas disertaciones, escritos y un libro que generosamente la editorial Tirant lo Blanch me ofreció publicar. Estoy convencido de que en el nuevo régimen jurídico de los derechos humanos que, de modo formal, adoptamos en nuestro país en 2011, los principios jurídicos y, en particular, los principios constitucionales democráticos, tienen una fundación preponderante —mucho más que antes—, sobre todo por su vinculación con los fines que persiguen las prerrogativas de este tipo. El tema de los principios jurídicos, así como su contraposición y diferenciación con las reglas, ha sido abordado por varios autores. Robert Alexy, uno de los que más destacadamente lo ha hecho, advierte que "sólo si se conoce qué exigen los derechos fundamentales y cómo se construyen estas demandas, se puede saber qué se entiende por fuerza vinculante e institucionalización de los derechos fundamentales". En tal sentido, señala que existen dos principales clases de construcción para desentrañar esas exigencias de los derechos fundamentales, su estructura y contenido: la cerrada y escrita, que puede denominarse "construcción como reglas", y la amplia y comprensiva, que puede llamarse "construcción de principios". En mi opinión, conocer la exigencia y el fin de cada uno de los derechos humanos, implica que en nuestro sistema constitucional predomine la segunda sobre la primera.[1] Esto con base en diversas consideraciones que

[1] De acuerdo con la tesis de Robert Alexy, no se plantea necesariamente una disyuntiva entre principios o reglas, sino la preeminencia de unos sobre otros, según sea el caso, dependiendo del diseño constitucional y del constructo que se haya adoptado. Alexy lo explica de la siguiente manera: "Ninguna de las construcciones puede realizarse en su forma pura. Sin embargo, ambas representan diferentes tendencias, y la pregunta sobre cuál de ellas es mejor es la cuestión central de la interpretación de cualquier Constitución que estipule alguna forma de control constitucional". Alexy, Robert,

expongo a lo largo de este texto, pero que podrían sintetizarse en el hecho de que, ante la imposibilidad de agotar en las normas todas las reglas que pueden cubrir un derecho humano, los principios, debido a sus rasgos, pueden asegurar, no obstante, el cumplimiento de los fines.

Para contextualizar y ofrecer un panorama, por lo menos suficiente, que sirva de base para reflexionar sobre la conveniencia de que hagamos evolucionar paulatinamente nuestro constitucionalismo hacia un constitucionalismo de principios, en esta reflexión se han incluido algunos conceptos y procesos básicos, así como una pequeña síntesis de los principios que históricamente han sido reconocidos en las diversas Constituciones e instrumentos fundantes del Estado mexicano. Todo ello encaminado a describir la función de los principios en el constitucionalismo y su importancia para el éxito de la teoría jurídica de los derechos humanos.

II. La Constitución como punto de partida

Antes de abordar el constitucionalismo de principios y profundizar en algunos temas con los que guarda una estrecha relación, es importante realizar un repaso *grosso modo* sobre la forma en que se ha definido lo que es una "Constitución". Como sabemos, para Ferdinand Lassalle,[2] "los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder", pues, de acuerdo con él, "la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen". Lassalle identifica como "factores reales de poder" a "esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son".[3] Para comprender mejor la idea de Lassalle vale la pena reflexionar acerca de los aspectos que consideró necesarios tomar en cuenta a fin de distinguir una ley fundamental de una cualquiera:

> 1o. Que la ley fundamental sea una ley que ahonde más que las leyes corrientes, como ya su propio predicado de 'fundamental' indica.
>
> 2o. Que constituya —pues de otro modo no merecería llamarse fundamental— el verdadero fundamento de las otras leyes; es decir, que la ley fundamental si realmente pretende ser acreedora a ese nombre deberá informar y engendrar las demás leyes ordinarias basadas sobre ella. La ley fundamental, para serlo, habrá de actuar e irradiar a través de las leyes ordinarias del país.
>
> 3o. Pero las cosas que tienen un fundamento no son como son por antojo, pudiendo ser de otra manera, sino que son así porque necesariamente tienen que ser. El fundamento a que responden no les permite ser de otro modo. Sólo las cosas carentes de un fundamento, que son las cosas casuales y fortuitas, pueden ser como son o de

"Los derechos constitucionales y el sistema jurídico", en Gaxiola, Jorge *et al.* (coord.), *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Fontamara, 2005, pp. 71-72.

[2] Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Madrid, Cenit, 1931, p. 90.

[3] *Ibidem*, p. 58.

> otro modo cualquiera. Lo que tiene un fundamento no, pues aquí obra la ley de la necesidad.[4]

Por su parte, Hermann Heller[5] realiza una clara definición y distinción entre "la Constitución política como realidad social", "la Constitución jurídica destacada" y "la Constitución *(propiamente)* escrita". En relación con la primera, la cual aborda a partir de detallar el proceso de conformación organizacional con base en la acción social (actividad humana), Heller explica que una Constitución de este tipo es aquella a la que dan forma las normas, es decir, se trata de una realidad *ex ante* al proceso de creación del derecho, a la que este último acuerda; a esa visión se debe que este autor aclare que "cabe, por eso, distinguir en toda Constitución estatal, y como contenidos parciales de la Constitución política total, la Constitución no normada y la normada, y dentro de ésta, la normada extrajurídicamente y la que lo es jurídicamente". Con respecto a la segunda, acepción con la cual identifica a la realidad constitucional que priva mayoritariamente, la explica como la estructura normativa (escrita en la forma de Constitución o no) como tal (como un deber ser); se trata de la adopción (con base en el consenso) de "normas que norman la normalidad" (proceso de objetivación de la realidad); de la estructura mínima que siempre han tenido las entidades políticas. Finalmente, en cuanto a la tercera, se refiere a los documentos fundamentales escritos (la ley fundamental escrita), a los cuales se arribó en vista de las amenazas surgidas del dinamismo propio de las sociedades y de la necesidad de realizar una limitación jurídica objetiva del poder del Estado, pero, de modo específico y preponderante, como respuesta a la búsqueda de certeza para la continuidad del *statu quo* de las estructuras, la organización, los principios jurídicos, la forma institucional de relacionarse y los derechos en una sociedad (objetivación escrita de la realidad): "la fijación del derecho por escrito es, sobre todo, necesaria en los casos en que, por haberse producido cambios bruscos en las relaciones de poder, no existe una tradición incontestable y se pugna la reglamentación que propugna el que dicta las normas".[6]

Heller, quien critica a Lassalle, Kelsen y Schmitt (por postular sólo un dualismo de posiciones), identifica a estas tres Constituciones como una continuidad una de la otra, como realidades diferentes de un mismo proceso, no como opciones distintas que se descarten entre sí. Con base en la naturaleza de dichas realidades, su origen, rasgos y fines, distingue cuatro conceptos de Constitución, dos sociológicos (previos) y dos jurídicos (posteriores).

III. Los principios jurídicos

Adoptar una noción de "principios jurídicos" es esencial para comenzar a referirnos a ellos. Es común escuchar y leer, a propósito del proceso de creación e interpre-

[4] *Ibidem*, pp. 56-57.

[5] Heller, Hermann, 1998, pp. 316-318.

[6] *Ibidem*, p. 342.

tación del derecho, tanto de prácticas sociales y valores, como de principios, fines, reglas y normas. Si bien es cierto, los principios pueden ser vistos como valores que se conciben como tales a partir de la reiteración de prácticas sociales acordes con las normas de la moral y la ética, que, con base en un determinado consenso, se han consagrado en la forma de principios en algunos sistemas, si bien esto es así, es necesario no confundirlos, lo que de hecho sucede con frecuencia, ya que puede darse el caso que determinados principios no sólo no coincidan con ciertos valores a los que se les parecen, sino que se refieran a bienes totalmente distintos y que producen o pueden producir efectos diametralmente opuestos.

Esa situación la advierte Gustavo Zagrebelsky y por ello explica que "lo que distingue los valores de los principios no son los bienes tomados en consideración, sino cómo se toman en consideración".[7] La manera en que se reconoce un principio como tal, el contexto y su fundamentación, así como el modo en que se argumenta con respecto a un valor, y los fines que ambos persiguen, pueden conducir a estadios contradictorios. De acuerdo con Zagrebelsky, "el valor, en el sentido que aquí interesa *(para distinguir entre normas constitucionales)*, es un bien final, un fin en sí mismo, que se encuentra ante nosotros como una meta que pide ser alcanzada mediante actividades orientadas teleológicamente"; "el valor 'debe valer'", precisa este autor. Por su parte, continúa explicando, "al contrario que los valores, los principios son bienes iniciales, que se asumen como algo valioso, pero que —a diferencia de los valores— requieren ser materializados a través de actividades determinadas de forma consecuente".[8] Para Zagrebelsky los principios son los medios, con contenido normativo (regulados), a través de los cuales actuamos para alcanzar los fines.

También encuentro útiles las reflexiones de Ronald Dworkin sobre la conformación del derecho y la función que tienen los principios en él. En *El constitucionalismo de principios*,[9] he señalado que, al estar el derecho compuesto tanto por normas jurídicas, como por principios, éstos nunca deben perderse de vista y que, entre otras funciones, en aquellos casos donde los jueces no encuentren una disposición normativa suficiente para solucionar un conflicto, deben acudir a los principios para lograrlo. Los "principios" son utilizados por Dworkin generalmente para describir tanto las directrices políticas: las vías para arribar a un estadio determinado o los medios para el cumplimiento de un objetivo; como a los principios propiamente dichos: "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad".[10]

Siguiendo a este autor, podemos advertir que entre normas jurídicas y principios existe una diferencia de orden lógico, que es sustancial conocer y saber distinguir. Mientras que las normas jurídicas son aplicables de manera disyuntiva, de tal forma que una vez verificada la existencia de los hechos, si la norma es válida, debe

---

[7] Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 174-175.

[8] *Ibidem*, p. 177.

[9] Cervantes, Raúl, *El constitucionalismo de principios: un enfoque desde el constructivismo jurídico*, Tirant lo Blanch (en prensa).

[10] Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2012.

aceptarse la solución que brinda (en caso contrario, resulta intrascendente para resolver la cuestión), no sucede lo mismo con los principios, en los que existe una "dimensión de peso o importancia", de forma que quien tenga el deber de decidir entre un principio y otro diverso, tendrá que determinar primero el peso relativo de cada uno. Asimismo, otro rasgo que permite diferenciar a las normas jurídicas de los principios consiste en que, en tanto, una norma jurídica puede ser excluida de forma absoluta cuando entra en contradicción con otra del mismo tipo, tratándose de los principios sucede algo distinto, pues la preferencia de uno de ellos sobre otro, en un caso concreto, no excluye a dicho principio de forma definitiva del orden normativo, siendo posible que, en un caso diverso, el principio que en su momento tuvo menos peso, prevalezca, incluso frente al mismo principio por el que fue desplazado anteriormente; su peso dependerá de su trascendencia al caso concreto y sus circunstancias.

IV. Los principios constitucionales

Si bien tanto en los "principios jurídicos" en general, como en los "principios constitucionales" en particular, subyacen valores semejantes en cuanto a su significado y trascendencia para la realidad social, que, por esa razón son considerados como tales por el derecho, existe una diferencia sustancial entre los primeros y los segundos, la cual radica básicamente en la potencia y los efectos de estos últimos sobre todas las normas que conforman un sistema jurídico.

En concierto con las explicaciones de Lassalle, de Heller y otras que coinciden en definir a la Constitución como el pacto fundacional, fundamental y de fundamento, tanto *de facto*, como jurídico y formal de una sociedad, tener claridad con respecto a los principios constitucionales, los que se encuentran y deben encontrarse en una Constitución, es de relevancia primaria para identificarlos y darles el lugar y el tratamiento adecuados, necesarios para el desarrollo de una comunidad de acuerdo con una serie de valores, en la base de los cuales se halla la dignidad humana. Para Peter Haberle, en la tradición de los clásicos, como R. Smend y A. Arndt, "hay tanto Estado como constituya la Constitución". Parafraseándolo, me atrevería a precisar que "hay tanto Estado como constituyan los principios constitucionales". Esto toda vez que pudieran existir (y de hecho existen) muchas disposiciones que, a pesar de estar contenidas en una Constitución, incluso escrita, no trascienden como otras al Estado, a pesar de que, en efecto, en una democracia constitucional, la Constitución es el lugar en el que los ciudadanos pactan los aspectos más elementales para su existencia y, con base en ellos, proyectan una nación. "En el estado constitucional democrático, los ciudadanos y los seres humanos, su dignidad humana, constituyen la 'premisa antropológica-cultural'; ellos se 'dan' la Constitución a sí mismos", señala Häberle.[11]

[11] Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 13-14.

Con respecto a los principios jurídicos he precisado que, siguiendo principalmente las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy, diversos autores han coincidido en señalar a los siguientes como sus rasgos definitorios o característicos: se trata de mandatos de optimización; que tienen una textura abierta (no establecen un solo supuesto y consecuencia); admiten una expresión implícita; se les presta adhesión (compromiso espontáneo e incondicional); dan razones para una justificación; tienen una dimensión de peso o importancia; son ponderables; son susceptibles de entrar en colisión, y permiten resolver "casos difíciles".[12] También he puntualizado que los principios constitucionales comparten estos rasgos, pero que además es posible advertir en ellos otros adicionales, que son los que los distinguen de los principios jurídicos en general. La diferencia, sin duda, es de orden cualitativo, pues es notorio que un principio jurídico se encuentra en un nivel distinto al de un principio constitucional, debido, entre más, a la función de este último en el cuerpo constitucional, a su impacto en la realidad social del Estado y a su fuerza sobre otros principios que no son constitucionales (tal fuerza puede llegar a invalidar normas). Así, por ejemplo, he referido que, debido a su carácter constituyente, los principios constitucionales de contenido fundante (como el principio de división de poderes) tienen el potencial para invalidar todas aquellas disposiciones que los contravengan. La dignidad humana, elemento definitorio de la persona y definitivo para el reconocimiento de los derechos humanos, en tanto principio jurídico constitucional, tiene una fuerza normativa tal que, no sólo permite, sino que obliga su aplicación directa, aun cuando no exista un desarrollo legal para concretarlo por medio de alguna de sus manifestaciones (eficacia normativa directa de los principios constitucionales), si fuera el caso.

Concretamente, además de los rasgos propios de los principios jurídicos que ya se han puntualizado, los principios constitucionales cuentan con los siguientes rasgos: carácter fundante, potencial invalidante de normas, e inalterabilidad (inmodificables en esencia dentro de las reglas del sistema constitucional).[13]

V. Los principios en las Constituciones mexicanas

En México hemos tenido once instrumentos constitutivos, constitucionales y fundantes: Constitución Política de la Monarquía Española (1812); el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana (1814); el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano (1822); el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana (1824); la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1824); las Leyes Constitucionales (1836); las Bases de Organización Política de la República Mexicana (1843); el Acta Constitutiva y de Reformas (1847); la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1857); el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano (1865), y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). En todas

[12] Cervantes, Raúl, *op. cit.*

[13] *Idem.*

las normas constitucionales encontramos principios, aunque los mismos fueron consagrados, no sólo en contextos históricos distintos, sino (algunas veces) en relación con bienes diferentes, por lo que, no en todos los casos, es acertado entender (y estimar) su inclusión y tratamiento constitucional de modo definitivo.

En efecto, podemos identificar como tales, entre otros, a los siguientes principios (SEGOB / Orden Jurídico Nacional / Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de México, 2016):[14]

Constitución Política de la Monarquía Española (1812): libertad; soberanía; libertad civil; propiedad; legalidad; amor y defensa de la patria; religión católica, apostólica y romana; felicidad de la Nación; monarquía moderada hereditaria como régimen de gobierno; potestad de hacer las leyes en las Cortes con el Rey; representación nacional para la conformación de las Cortes; inviolabilidad del Rey y su autoridad; acceso a la justicia; administración de justicia breve y sin vicios; elección popular de los alcaldes, regidores y procuradores síndicos; proporcionalidad de las contribuciones; entre otros.

Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana (1814): libertad; independencia; religión católica, apostólica y romana; soberanía; protección y seguridad general de todos los ciudadanos; sistema representativo; división de poderes; legalidad; felicidad común (felicidad del pueblo); igualdad ante la ley; seguridad; propiedad; presunción de inocencia; audiencia previa; inviolabilidad de la casa (vivienda); necesidad (utilidad) pública; libertad de cultura, industria o comercio; libertad de expresión; no reelección inmediata; gratuidad de la impartición de justicia; inviolabilidad (imposibilidad de proponer alteración, adición ni supresión) transitoria del Decreto; entre otros.

Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano (1822): religión católica, apostólica y romana; libertad; independencia; soberanía; igualdad de derechos de las demás naciones; forma de gobierno monárquico-constitucional, representativo y hereditario; unicidad e indivisibilidad del Imperio Mexicano; común felicidad; propiedad; seguridad; igualdad legal; inviolabilidad de la casa (vivienda); libertad y seguridad personal; inviolabilidad de la propiedad; proporcionalidad de las contribuciones; libertad de pensamiento y de expresión; obediencia de la fuerza pública; división de poderes; sistema representativo; acceso a la justicia; aplicación de las leyes por tribunales erigidos por la ley; revisión de sentencias; entre otros.

Acta Constitutiva de la Federación Mexicana (1824): libertad; independencia; soberanía; sistema representativo; religión católica, apostólica y romana; república representativa popular federal, como forma de gobierno; integrada por estados independientes, libres y soberanos; división de poderes; acceso a la justicia pronta, completa e imparcial; legalidad; protección de los derechos del hombre y del ciudadano; libertad de expresión; entre otros.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1824): libertad; independencia; religión católica, apostólica y romana; república representativa popular federal,

[14] Los principios que se señalan en relación con cada uno de estos instrumentos históricos (de forma enunciativa, no limitativa) fueron extraídos de un análisis de su lectura. Todos son consultables en: *http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/antecedentes.php*.

como forma de gobierno; división de poderes; no reelección inmediata del presidente de los Estados Unidos Mexicanos; legalidad; independencia de la Corte Suprema de Justicia; acceso a la justicia; no retroactividad de la ley; propiedad; seguridad personal; previa conciliación; libertad de expresión; intangibilidad parcial de la Constitución; entre otros.

Leyes Constitucionales (1836): libertad; soberanía; seguridad personal; legalidad; debido proceso; no retroactividad de la ley; propiedad; libertad de tránsito; libertad de expresión; religión católica, apostólica y romana; división de poderes; forma de gobierno republicana central, dividida en departamentos; sistema representativo; acceso a la justicia; intangibilidad temporal de la Constitución; entre otros.

Bases de Organización Política de la República Mexicana (1843): independencia; libertad; soberanía; forma de gobierno republicana representativa popular central; división de poderes; religión católica, apostólica romana; libertad de expresión; legalidad; debido proceso; seguridad personal; propiedad; libertad de tránsito; no retroactividad de la ley; acceso a la justicia; entre otros.

Acta Constitutiva y de Reformas (1847) (se reinstauran el Acta Constitutiva y la Constitución Federal de 1824, con diversas reformas, de las cuales destacan, entre otros, estos principios): soberanía; independencia; libertad; forma de gobierno republicana representativa popular federal; independencia y soberanía de los estados; libertad de asociación; garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad fijadas en una ley, así como los medios para hacerlas efectivas; supremacía de la Constitución y las leyes generales; acceso a la justicia; intangibilidad total de las cláusulas constitucionales relativas a determinados principios fundantes del Estado; entre otros.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1857): libertad; protección de la ley; libertad de enseñanza; libertad de profesión, industria o trabajo; libertad de expresión; libertad de asociación; seguridad personal; igualdad; prohibición de leyes privativas y tribunales especiales; prohibición de fueros; no retroactividad de la ley; legalidad; debido proceso; audiencia; propiedad; proporcionalidad de las contribuciones; acceso a la justicia; gratuidad del acceso a la justicia; prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo delito (*non bis in idem*); soberanía nacional; república representativa democrática federal, como forma de gobierno; libertad y soberanía de los estados; sistema representativo; división de poderes; reserva de ley; abolición de las alcabalas y aduanas interiores; supremacía constitucional; inviolabilidad de la Constitución; entre otros.

Estatuto Provisional del Imperio Mexicano (1865): monárquica moderada hereditaria, con un príncipe católico, como forma de gobierno; soberanía nacional (representada por el emperador); imperio dividido en departamentos; reserva de ley; independencia de la función judicial; publicidad de las audiencias de los tribunales; garantías individuales: igualdad ante la ley, seguridad personal, propiedad, ejercicio de culto, libertad de expresión; legalidad; debido proceso; no retroactividad de la ley; seguridad personal; libertad; entre otros.

En cuanto a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*, el primer texto constitucional que abrió la puerta del siglo XX al modelo de Estado democrá-

tico social de derecho, basado en los principios, valores y fines de lo que entonces fue un nuevo paradigma, identificado con lo que actualmente se define como "constitucionalismo social", huelga señalar que la lista de principios que contiene se ha desbordado; conservando aquellos de carácter fundante, como los relativos a la forma de gobierno, así los que consagran valores sustanciales que trascienden a la dignidad humana. El procedimiento rígido de reforma constitucional no ha sido un obstáculo para la permanente revisión, modificación y adición de disposiciones que la han ensanchado considerablemente. En relación con esa gran cantidad de reformas constitucionales que han tenido lugar de 1917 a la fecha, en reiteradas ocasiones he enfatizado la importancia de no generalizar en cuanto al contenido de cada una de ellas, ya que, si bien es cierto, en muchos de los casos se integraron redacciones innecesarias sobre temas que, por su naturaleza y alcances, deberían de haberse colocado en leyes de desarrollo constitucional o hasta en instrumentos reglamentarios, también lo es que, en virtud de no pocas reformas emprendidas durante estos cien años, se han fortalecido principios y reconocido nuevos derechos que son esenciales para las personas; el caso más evidente, claro ésta, fue la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

VI. Origen del sistema universal de protección de derechos humanos

No es posible explicar la evolución ni la trascendencia que hoy en día tienen los principios constitucionales sin referirnos a los derechos humanos. Si bien este tipo de prerrogativas o, más bien, la consideración como tales de ciertas prerrogativas, tienen su antecedente, básicamente, en la *Carta Magna* de 1215, la *Petition of Rigths* de 1627, el *Bill of Rigths* de 1688, la *Declaración de Derechos de Virginia* de 1776 y la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, si bien esto es así, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 es el instrumento que inaugura e impulsa la creación del actual sistema universal de protección de los derechos humanos.

En su libro *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Mary Ann Glendon,[15] profesora de la Universidad de Harvard, describe con maestría y a detalle el complejo y riquísimo proceso de creación y adopción de este instrumento normativo. En diversas ocasiones en las que me he referido a este texto, he compartido cómo Glendon justifica la idea de que la adopción de la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945 constituye un antes y un después en la historia de la humanidad. Naciones Unidas fue la respuesta más oportuna y adecuada posible frente a la amenaza de repetición de las atrocidades que trajo consigo la Segunda Guerra Mundial; un muro de contención para las arbitrariedades y transgresiones a la dignidad humana, emprendidas en ocasiones, como ha quedo consignado en la historia, en nombre del derecho y la soberanía. Esta autora señala que, a pesar

[15] Glendon, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, Universidad Panamericana, 2011.

de que finalmente incluía diversas alusiones a los derechos humanos y que dispuso la constitución de una Comisión de Derechos Humanos —lo que a la postre tendría un gran impacto—, la Carta no contenía un catálogo ni mucho menos una explicación detallada del contenido y los alcances de tales derechos. "No es algo para sorprenderse: el propósito de una organización internacional de este tipo era algo distinto; los derechos humanos no eran algo tan evidente", explica Glendon.[16] De acuerdo con ella, dichas referencias se debieron a la insistencia sobre la necesidad de incluir los derechos, por parte de varios de los delegados que participaron en la Conferencia, destacadamente de los representantes latinoamericanos, quienes se adelantaron a los internacionalistas estableciendo una Conferencia Interamericana, desde la cual impulsaron de manera determinante el reconocimiento internacional de las libertades universales. La escasa referencia de los derechos humanos en la redacción de la Carta se explica porque las motivaciones originarias de Naciones Unidas eran otras.

Glendon precisa que en junio de 1946 se instituyó la Comisión de Derechos Humanos prevista en la Carta de las Naciones Unidas, de la cual Eleanor Roosevelt sería unánimemente electa su presidenta. La primera tarea de la Comisión de Derechos Humanos fue la redacción de una Carta de Derechos Humanos. En ello trabajaron sus miembros desde el primer momento y hasta la adopción, por parte de la Asamblea General, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948. El proceso dista mucho de haber sido simple. Durante casi dos años, la integración, discusión y modificación de cada uno de los borradores que se elaboraron, enfrentaron serios retos y dificultades; complicaciones que van desde las relativamente sencillas, como los aspectos procedimentales y formales, hasta las extremadamente puntiagudas, como las discrepancias culturales, axiológicas, religiosas y espirituales, así como, sin duda, las coyunturales. "Los desacuerdos, malentendidos, caprichos personales, rivalidades entre países y resentimiento colonial que salían a la superficie entre los miembros de la Comisión no fueron los únicos obstáculos para la efectiva colaboración de todos: los sucesos del mundo exterior complicarían más el trabajo".[17] De ahí que hoy en día pueda calificarse este proceso como el más amplio, profundo y trascendente en la historia de la humanidad. En perspectiva histórica, el mayor consenso alcanzado por la comunidad internacional.

Entre los temas de mayor trascendencia que se discutieron pueden mencionarse: el reconocimiento de la dignidad humana como cualidad inherente a la persona y definitoria de los derechos humanos; el diverso significado de nociones fundamentales en todas las regiones del planeta; la disyuntiva entre la preponderancia de la persona o del Estado; el carácter moral de la Declaración; los Pactos que de ella derivaron y cuyos efectos tuvieron vigencia hasta casi treinta años después de su aprobación; la influencia de la Declaración de Bogotá del 30 de abril de 1948, la primera Declaración Internacional de Derechos Humanos; las implicaciones de la Declaración para la soberanía de las naciones; los derechos de las mujeres y de las minorías; la lucha de los países latinoamericanos por la inclusión de los dere-

[16] *Ibidem*, p. 43.

[17] *Ibidem*, pp. 96-97.

chos económicos, sociales y culturales, y las críticas a lo que algunos consideran el "carácter occidental" de la Declaración y las razones para no estar de acuerdo con ellos.

Las disposiciones normativas de este documento, sus principios y los derechos humanos, han orientado en las últimas décadas, cada vez con mayor fuerza, las decisiones de los tribunales internacionales y regionales dedicados a la protección y garantía de las libertades universales. Ello sin dejar de lado la enorme influencia que la Declaración ha tenido en el derecho interno de los Estados. Según Glendon, "se estima que la Declaración ha inspirado o servido de modelo respecto a sus disposiciones sobre derechos fundamentales, a unas 90 Constituciones".[18] Todo esto, amén de su trascendencia diaria en la vida de los justiciables debido al control difuso de convencionalidad, adoptado en una cantidad considerable de países. En el ámbito de la cultura jurídica institucional y social, a pesar de tratarse de un instrumento de fuerza moral (quizá en mucho debido a ello), la Declaración ha tenido un gran impacto. Desbordó el derecho interno y representó para todos, aunque especialmente para las personas en condición de mayor vulnerabilidad y para las naciones menos poderosas, la esperanza descrita en el título de la obra a la que me he referido, la esperanza de un mundo nuevo, en paz y en donde las personas ejerzan a plenitud sus libertades, sobre la base de la equidad.

A partir de entonces y debido, principalmente, a la adopción de una gran cantidad de instrumentos normativos internacionales (vinculantes y no), así como a la creación y consolidación de organismos administrativos y jurisdiccionales dedicados a la promoción, protección y garantía de los derechos humanos, se conformó un sistema universal de protección de los derechos humanos, así como tres sistemas regionales en la materia: el Sistema Europeo, el Sistema Interamericano y el Sistema Africano. De esta forma, durante las últimas décadas ha tenido lugar a nivel mundial un fenómeno al que algunas personas han identificado como "el desplazamiento de la soberanía de los Estados por la soberanía del derecho", sobre el que mucho podríamos reflexionar en otro espacio.

VII. El sistema nacional de derechos humanos

La emergencia y consolidación de ese sistema universal fue influyendo paulatinamente en el sistema jurídico mexicano hasta lograr hacerlo de forma determinante en 2011, a través de las conocidas reformas constitucionales en materia de amparo y de derechos humanos que entraron en vigor los días 6 y 10 de junio de ese año, respectivamente. Tales reformas fueron producto de la evolución del derecho, pero también una respuesta adecuada y sin regateo a opiniones, recomendaciones y sentencias (como el Caso Radilla Pacheco *vs*. Estados Unidos Mexicanos) de expertos y de organismos internacionales dedicados a la promoción y protección de los derechos humanos. Los procesos legislativos que dieron lugar a estas innovaciones

[18] *Ibidem*, p. 322.

han sido de los más amplios e intensos en cuanto al activismo y las aportaciones de sus promotores, creadores y a los consensos que finalmente alcanzaron. En las iniciativas, los dictámenes, las minutas y discusiones que tuvieron lugar a lo largo de siete años, se aprecian las múltiples motivaciones, los argumentos y propósitos que concluyeron en un gran objetivo: colocar a la persona en el centro de la actuación y protección del Estado. Si bien el actual régimen constitucional y jurídico de nuestro país es producto de doscientos años de herencia constitucional, en particular, estas transformaciones han significado un parteaguas en nuestra historia.

Los regímenes jurídicos internacional y nacional se alinearon en lo relativo a la materia de los derechos humanos. Particularmente la interpretación conforme y del principio *pro persona*, dos principios sustanciales que desde hace cinco años se encuentran establecidos en el artículo 1o. constitucional, ensancharon nuestro régimen jurídico. Con independencia de que se coincida en la formación de un bloque de constitucionalidad o de la creación de un parámetro de control de regularidad constitucional, es un hecho que se generó algo nuevo, muy distinto a lo que había, algo que constituye una base amplia de regulación, control, desarrollo y garantía constitucional de los derechos humanos; sin duda, este pensamiento constitucional seguirá evolucionando.

En reiteradas ocasiones he compartido una reflexión a partir del hecho de que ese paradigma propuesto por el derecho internacional y asumido por México ha impactado en los elementos constitutivos de nuestro régimen jurídico, a la luz de la justificación y los propósitos —la promesa— que trae consigo.[19] En ese sentido, he señalado que considero indispensable que quienes nos dedicamos al estudio y a la operación del derecho identifiquemos dichos elementos e impulsemos, desde el lugar de nuestras responsabilidades, su actualización en el marco de las nuevas expectativas jurídicas, en medio de la complejidad del contexto actual. Esta tarea trae consigo una serie de retos, como la necesidad de transformar nuestro constitucionalismo en uno de principios, mucho más acorde con los requerimientos, por ejemplo, precisamente, de la interpretación conforme y del principio *pro persona*, que he señalado; establecer en los marcos jurídicos correspondientes los mandatos de desarrollo de esos principios que posibiliten una mayor efectividad de los derechos humanos; profesionalizar y fortalecer las instituciones de una forma tal que cuenten con las capacidades necesarias para dar respuesta a las problemáticas sociales, económicas y culturales, que ahora tienen un grado de exigibilidad más elevado que antes; diseñar mejores mecanismos de coordinación y cooperación entre los órdenes de gobierno, los poderes y los órganos constitucionales autónomos; elevar el nivel de democracia interna, la apertura, competitividad y rendición de cuentas de los partidos políticos; formar y actualizar constantemente a los operadores del derecho, colocando el acento en los nuevos métodos de interpretación y de ponderación, así como en la deontología jurídica; promover una cultura social sólida de respeto a los derechos humanos, desde los procesos de enseñanza-aprendizaje, enfocados a la toma de consciencia sobre su importancia.

[19] Cervantes, Raúl, "El nuevo régimen jurídico de los derechos humanos", en *Foro Jurídico*, núm. 144, septiembre, 2015.

Es esencial que todos nos percatemos de que ese nuevo paradigma del derecho al que tanto nos referimos va mucho más allá de la reforma constitucional. Transitar de su surgimiento a su consolidación conlleva modificar la forma en que concebimos el derecho, pero también las estructuras que lo tutelan y las que lo materializan. Conforme lo hagamos, en la medida en que vayamos de su diseño formal a su concreción —indispensable para la consolidación de nuestra actual democracia constitucional—, en esa misma medida, contaremos realmente con un sistema nacional de protección de derechos humanos; los cimientos ya han sido colocados.

VIII. La función de los principios en el régimen jurídico de los derechos humanos

Ahora bien, traer a cuento al sistema universal, a los sistemas regionales y al sistema nacional de protección de derechos humanos, en el marco de esta modesta reflexión sobre el constitucionalismo de principios en nuestro país, se debe a una razón de peso: el nuevo régimen jurídico de los derechos humanos da un valor preponderante a los principios, su interpretación y, en su caso, ponderación. Este hecho, por supuesto, no es una coincidencia, sino que se debe a que tanto los principios constitucionales democráticos, como los derechos humanos, tienen el mismo fundamento, uno de tipo ético-jurídico que deriva de igual fuente en ambos casos: los valores, aquellos "bienes que son valiosos" para la sociedad y que, por lo tanto, se consagran jurídicamente en la forma de principios, a cuyo fin se dirige el ejercicio de los derechos humanos.[20] Deliberadamente he incorporado a la expresión "principios constitucionales" la palabra "democráticos", con el propósito de ser lo más claro posible, ya que puede darse el caso de principios que son constitucionales y no por ello democráticos (regímenes autocráticos).

Mauricio Beuchot emprende una reflexión filosófica en torno a las ideas de Adela Cortina con respecto a la fundamentación de los derechos humanos, y lo hace de una forma que, sin caer en determinismos, resulta muy ilustrativa para comprender esa relación que subyace entre principios constitucionales democráticos y derechos humanos, a la que me he referido:

> (Cortina) Desea apartarse del iusnaturalismo, del iuspositivismo y de la concepción de los derechos humanos como derechos morales. Intenta trascender estas tres posturas. Para ello defenderá un concepto dualista de tales derechos, que atienda a su lado ético y también a su positivación jurídica; los fundamentará en una ética procedimental

[20] En *El Constitucionalismo de principios* (Cervantes, *op. cit.*, en prensa) he realizado una extensa reflexión con respecto a la función y vinculación de los valores con los principios, a partir de las ideas de estudiosos del tema como Hermann Heller, Robert Alexy, Ronald Dworkin y Gustavo Zagrebelsky. Así, he señalado que "existe una estrecha relación entre valores, principios y reglas. Un principio que no exprese o contenga valor alguno, carece de sentido. Del mismo modo, una regla o norma de derecho que sea dictada por un órgano legislativo o por vía jurisprudencial, que no resulte coherente con los principios de los que se deriva, carecerá de toda justificación".

> y no sustantiva, para que se pueda acoger el pluralismo de creencias; e integrará la trascendentalidad y la historicidad. De esta manera, es una postura que cree que los derechos humanos no se fundan sólo en su positivación, con lo que supera el iuspositivismo; pero también cree que no pueden basarse en un iusnaturalismo sustantivo, sin algo que, en todo caso, podría llamarse 'iusnaturalismo procedimental".[21]

Así, Cortina realiza un esfuerzo —en mi opinión bien logrado— para demostrar que los derechos humanos tienen en efecto un carácter normativo debido a su trascendencia para la dignidad de los seres humanos.

Ermanno Vitale, quien analiza críticamente el debate de Luigi Ferrajoli en relación con la "fundamentación" de los derechos fundamentales, concluye que la misma puede adoptar en general tres significados distintos: "fundamentación en sentido histórico-genético"; "fundamentación en sentido ético-metafísico", y "fundamentación en sentido epistemológico-jurídico". En relación con la segunda, precisa, se trata "de la que se deriva la superioridad axiológica del individuo sobre la sociedad de la que es parte". Sobre la tercera, para explicarla, se remite a las palabras del mismo Ferrajoli: "Se limita, más bien, a identificar las relaciones sintácticas que unen los distintos conceptos, estableciendo, por ejemplo, que una 'norma' es toda regla general y abstracta producida por un acto jurídico".[22] Esta tesis converge en esencia con la de Adela Cortina en el sentido de que los derechos humanos o fundamentales tienen diversas bases epistemológicas, entre las que se encuentran, sustancialmente, una raigambre ético-moral, así como un catalizador de naturaleza jurídica, a partir, inevitablemente, de diversos constructos (con múltiples enfoques) que han dado lugar a uno en particular, el que nos ocupa: la teoría jurídica de los derechos humanos.

En concierto con lo que hemos abundado anteriormente en este mismo texto, para los fines de este apartado, vale la pena retomar las ideas de Riccardo Guastini, quien identifica a un "principio" como una norma "fundamental", y explica por qué y lo que ello significa:

a) En primer lugar, caracteriza el sistema jurídico del cual trata (o de uno de sus sectores), en el sentido que constituye un elemento esencial para la identificación de la fisonomía del sistema;
b) En segundo lugar, da fundamento axiológico (otorga justificación ético-política) a una pluralidad de otras normas del sistema;
c) En tercer lugar, no exige a su vez algún fundamento, alguna justificación ético-política, porque es concebida, en la cultura jurídica existente, como una norma evidentemente "justa" o "correcta".[23]

---

[21] Beuchot, Mauricio, *Derechos humanos; historia y filosofía*, México, Fontamara, 1999, p. 22.

[22] Vitale, Ermanno, "Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales", en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 278-280.

[23] Guastini, Riccardo, "Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales", en *Palestra del Tribunal Constitucional*, revista mensual de jurisprudencia, año 2, núm. 8, agosto, 2007.

Ya puntualizamos que los principios constitucionales son mandatos de optimización; que tienen una textura abierta; que admiten una expresión implícita; a los que se les presta adhesión; que dan razones para una justificación; que tienen una dimensión de peso o importancia; que son ponderables; susceptibles de entrar en colisión; que permiten resolver "casos difíciles"; (además) que tienen carácter fundante; potencial invalidante de normas, y que son inalterables. Debido a todo ello, principalmente a que son mandatos de optimización y a que tienen una textura abierta, el efecto práctico que resulta del hecho de que principios y derechos humanos tengan la misma fundamentación es que, ante la imposibilidad de agotar en las normas todas las reglas, los aspectos y supuestos que puede cubrir un derecho humano, se asegura, no obstante, el cumplimiento de los fines, los cuales coinciden en la dignidad humana y sus manifestaciones.

IX. Reflexión final

Es innegable que el sistema jurídico mexicano no es el mismo de hace unos años, como también lo es que se encuentra en proceso de transición. La teoría jurídica de los derechos humanos que hemos adoptado debe traducirse en la cristalización de un verdadero sistema nacional de protección de derechos humanos que coloque a la persona y su dignidad en el centro de la actuación del Estado, y que le responda de forma satisfactoria. La efectividad cada vez más plena de las prerrogativas fundamentales constituye un requisito indispensable para que ese sistema adquiera valor. Al final, un texto como éste deben servir para contribuir en ese sentido; para brindar insumos que sirvan al desarrollo de estrategias de solución a las desviaciones y los desequilibrios sociales que padecemos, y para generar una mayor conciencia en las autoridades y, sobre todo, en los particulares, de que el reto de los derechos humanos apenas comienza.

Hemos llegado a un punto de evolución de la humanidad en el que un Estado, un sistema político y una sociedad, independientemente del diseño de sus reglas para la elección de representantes populares y toma de decisiones, no puede ser calificado como democrático si no reconoce y garantiza los derechos humanos, de acuerdo con las implicaciones de su rasgo más esencial: la universalidad. Al respecto, vale la pena detenernos en la siguiente reflexión de Carlos Massini:

> …la ética política de nuestro tiempo, al menos en los países occidentales, se encuentra apoyada sobre dos pilares básicos: la democracia como la única forma de gobierno legítima y los derechos humanos como criterios fundamentales para la valoración de la conducta política. Se trata en ambos casos de lo que Aristóteles denominaba *topoi*, es decir, lugares comunes indiscutidos, que se dan por aceptados y a partir de los cuales se desarrolla la totalidad del debate político, sin que pueda ponerse en discusión su validez.[24]

[24] Massini, Carlos, *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

Democracia y derechos humanos se han fusionado. Satisfacer sus exigencias —lo que siempre se produce en grados—, depende de muchos factores, uno de ellos, estoy convencido, es que hagamos evolucionar nuestro constitucionalismo mexicano hacia un constitucionalismo de principios, depurado de reglas, especificaciones y detalles que, por su naturaleza y nivel de trascendencia, deben colocarse en un ordenamiento de desarrollo constitucional, secundario o reglamentario. Ello nos ayudará a no perder de vista lo esencial, lo que verdaderamente nos dirige al cumplimiento de los fines.

X. Bibliografía

Alexy, Robert, "Los derechos constitucionales y el sistema jurídico", en Gaxiola, Jorge *et al.* (coord.), *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Fontamara, 2005.

Beuchot, Mauricio, *Derechos humanos; historia y filosofía*, Fontamara, México, 1999.

Cervantes, Raúl, *El constitucionalismo de principios: un enfoque desde el constructivismo jurídico*, Tirant lo Blanch (en prensa).

———, "El nuevo régimen jurídico de los derechos humanos", en *Foro Jurídico*, núm. 144, septiembre, 2015.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2012.

Glendon, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, Universidad Panamericana, 2011.

Guastini, Riccardo, "Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales", en *Palestra del Tribunal Constitucional*, revista mensual de jurisprudencia, año 2, núm. 8, agosto, 2007.

Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Madrid, Cenit, 1931.

Massini, Carlos, *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

Vitale, Ermanno, "Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales", en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia*, Madrid, Trotta, 2014.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UNA CATEGORÍA NORMATIVA EN RECONSTRUCCIÓN

Josefina CORTÉS CAMPOS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los procesos de transformación y su impacto en la administración pública*. III. *Los primeros indicios del cambio a la luz de las reformas estructurales de fines de los ochenta y los noventa*. IV. *La transición democrática. Efectos desde la sede legislativa*. V. *Las transformaciones recientes y su anclaje constitucional*. VI. *Efectos visibles*. VII. *Consideraciones finales: estrategias de encauzamiento*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Si este estudio tuviera como objetivo presentar las reformas constitucionales que se han registrado a lo largo de cien años a propósito del diseño organizativo e institucional de la administración pública federal, y para tales efectos fuese posible tomar como única referencia la evolución del artículo 90 de la norma fundamental, la tarea sería hasta cierto punto sencilla.

Bastaría con referirse, por ejemplo, a que el artículo citado ha sido objeto de dos reformas a partir de 1981, año en el que fueron incorporados al texto constitucional la categoría organizativa y el diseño institucional básico de la administración pública federal.[1] La primera reforma, en agosto de 2007, tuvo como objetivo eliminar los denominados departamentos administrativos; y, la segunda, en febrero de 2014, incorporó a nivel constitucional la categoría organizativa y funcional de la Consejería Jurídica del gobierno.

* Doctora en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Secretaria de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Especialista en derecho administrativo y regulación de servicios públicos.

[1] Antes de 1981 el artículo 90 constitucional se refería exclusivamente a las funciones administrativas desempeñadas por los secretarios de Estado en los términos siguientes: "para el despacho de los negocios del orden administrativo de la Federación, habrá un número de secretarios que establezca el Congreso por una Ley, la que distribuirá los negocios que han de estar a cargo de cada secretario".

Es innegable que los cambios normativos descritos contrastan de manera importante con los nutridos antecedentes históricos de otros preceptos constitucionales, con la relevancia social, política o económica de sus contenidos,[2] y también con las numerosas reformas de que han sido objeto,[3] a tal punto que podría generarse la impresión de que transcurrido un siglo de haber sido promulgada la Constitución de 1917 poco hay que decir de la evolución que en su seno ha tenido la administración pública. Sin embargo, tal conclusión sería del todo errada.

En México, las últimas tres décadas han significado para la administración pública un importante factor de cambio; se trata de un proceso complejo que presenta múltiples fuentes de transformación, y que supone enormes retos para el derecho administrativo, y para la gestión eficaz del gobierno.

El proceso descrito es de tal magnitud que el contenido que muestra el artículo 90 constitucional vigente,[4] y que en su momento fue pieza y anclaje fundamental de la administración pública federal, es incapaz de reflejar, soportar y encauzar el grado de transformación de las múltiples organizaciones administrativas que han quedado integradas a lo largo de los años tanto al orden constitucional, como legal.

Lo anterior es así porque en la norma fundamental, tras sucesivas y numerosas reformas legales de corte administrativo e institucional, finalmente han quedado incorporadas diversas categorías organizativas con mandatos públicos de corte preponderantemente administrativo las que, sumadas a la "tradicional" administración pública federal, conforman hoy una compleja y variada composición de administraciones públicas.

El escenario descrito, exige reflexionar sobre las nuevas categorías organizativas, los principios, reglas y fines que las rigen, pero también plantea la necesidad de repensar los mecanismos de coordinación, cooperación, colaboración y control que son necesarios para garantizar que el ejercicio de sus funciones de gobierno no sólo sea legal, sino también eficaz y eficiente. Son tales cuestiones las que serán analizadas en este ensayo.

---

[2] Tales son los casos de la reforma política, la reforma en materia de amparo y derechos humanos, la reforma al sistema penal, y la reforma educativa, entre otras.

[3] Así, por ejemplo, el artículo 73 constitucional ha sido reformado en 76 ocasiones; y los artículos 27, 74 y 89, en 20, o poco menos.

[4] El texto vigente del artículo 90 constitucional dispone lo siguiente: La administración pública federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado.

La función de Consejero Jurídico del gobierno estará a cargo de la dependencia del Ejecutivo Federal que, para tal efecto, establezca la ley.

El Ejecutivo Federal representará a la a Federación en los asuntos en que ésta sea parte, por conducto de la dependencia que tenga a su cargo la función de Consejero Jurídico del gobierno o de las Secretarías de Estado, en los términos que establezca la ley.

II. Los procesos de transformación y su impacto en la administración pública

La administración pública, como cualquier organización del Estado, debe adaptarse al continuo cambio del contexto político, económico y social en el que opera. Sólo por esta vía podrán cumplirse las funciones de gobierno que estén a su cargo y de las que en principio depende la satisfacción de los intereses colectivos. En otras palabras, la adaptación de las organizaciones administrativas al entorno en el que ejercen sus atribuciones constituye una cuestión de gobernabilidad.

En México, como en la mayoría de los países que integran a la comunidad internacional, la administración pública ha debido transitar en escenarios caracterizados por los complejos procesos de integración política y económica, las crisis financieras que tienen la capacidad de alterar las fronteras de los mercados nacionales, la vulnerabilidad de los Estados frente a fenómenos crecientes de riesgo, el amplio impacto de las tecnologías de la información y la comunicación, un intenso desarrollo de los derechos fundamentales y de sus mecanismos de protección, así como por la creciente participación y deseo de inclusión de la sociedad civil organizada en las decisiones de los gobiernos, sólo por citar algunos de los fenómenos más visibles.[5]

¿Qué suponen para la administración pública tales procesos? Comencemos por señalar que los sistemas administrativos contemporáneos, frente a los escenarios de cambio y transformación como los antes enumerados, han buscado la eficacia y eficiencia de las acciones de gobierno a través de la revisión y adecuación constante de su organización administrativa; tal proceder encuentra sustento en tres consideraciones fundamentales.

Primera. La gestión eficaz de un gobierno, depende en gran medida de su administración pública, porque es precisamente a la organización administrativa a la que, como principal instrumento de la función del Estado, y como soporte primario de prestaciones, se encomienda la ejecución de los postulados constitucionales y de las políticas públicas de origen legislativo.[6]

Segunda. La eficacia y la eficiencia de las funciones administrativas se relacionan directamente con el adecuado diseño orgánico y funcional que se aplique a las distintas instancias administrativas. Sin embargo, la efectividad de la organización administrativa no se relaciona solamente con el mayor o menor número de órganos administrativos que integran a la administración pública, sino con la adecuada asignación de competencias, medios y fines, así como con el establecimiento de principios y mecanismos de coordinación interinstitucional.[7]

---

[5] Parejo Alfonso, L., *Derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 2013, pp. 31-47.

[6] *Cfr.* Martín-Retortillo Baquer, S., "La administración pública en la llamada crisis del Estado Social de Derecho", *Fragmentos de derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 203-216.

[7] En esta línea de pensamiento, la Teoría de la Organización Administrativa considera que la administración pública responde a un tipo específico de relaciones que la personifican y que encuentran su origen en la actividad a desarrollar, de tal forma que sujeto y actividad serán expresiones de una misma configuración jurídica. Desde esta perspectiva, a partir de la combinación de fines, medios y técnicas se originan un conjunto de organizaciones determinadas en las que la eficiencia será en-

Tercera. La utilización indiscriminada de las categorías organizativas y la aplicación de políticas reiteradas de supresión de líneas jerárquicas de ordenación, en ausencia de un marco constitucional de contención y racionalización del diseño institucional público, pueden derivar en el deficiente diseño de los órganos administrativos y comprometer en definitiva la acción eficaz del Estado.[8]

Como se anticipó, nuestro país no ha permanecido ajeno al proceso descrito. Al respecto, y de considerar las últimas tres décadas de la historia nacional, es posible detectar tres distintas etapas de transformación de la administración pública en México:

a) La relativa a los procesos de apertura económica y sectorial de fines de los ochenta y que abarcan prácticamente toda la década de los noventa.
b) La que resulta del proceso de transición democrática en 2000.
c) La que tiene lugar a raíz de las reformas estructurales del último lustro en sectores como los de las telecomunicaciones, competencia económica, energía y que dieron lugar a la reforma de diversos preceptos constitucionales que integran el modelo económico constitucional.[9]

A continuación se presentarán a grandes rasgos las implicaciones que cada una de las etapas citadas ha tenido en la morfología y operación de la administración pública federal.

III. Los primeros indicios del cambio a la luz de las reformas estructurales de fines de los ochenta y los noventa

A nivel global la década de los ochenta y más precisamente la de los noventa, mostraron una clara tendencia a la integración supranacional como resultado de la creciente convergencia económica propiciada por la inversión extranjera directa, pero también como resultado de importantes transformaciones en las tecnologías de la información y la comunicación. Existe consenso en que uno de los efectos más visi-

tonces el criterio por el que se decide la mejor combinación posible entre medios y fines asociados a la estructura de una organización administrativa; mientras que la eficacia medirá la productividad o el rendimiento de la organización con relación a sus fines. *Cfr*. Parejo Alfonso, L., *Eficacia y administración: tres estudios*, Madrid, INAP, BOE, 1995, pp. 89-152.

[8] Cortés Campos, J., "La descentralización de funciones y la eficacia de la administración pública", *El derecho administrativo en México: tendencias actuales*, *Documentación Administrativa*, núm. 273, septiembre-diciembre 2006, pp. 41-60, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, INAP.

[9] En el recuento de las reformas quedan incluidas las realizadas en materias tales como la procuración de justicia, la reforma penal, la reforma educativa, la reforma fiscal y la electoral; sin embargo, en los casos citados no tiene lugar una reforma al capítulo económico constitucional, de ahí que no se incluyan expresamente en el texto al que se refiere esta cita.

bles de este proceso se relaciona con el cuestionamiento frontal de los presupuestos sobre los que el Estado social fue construido.[10]

Así, desde una perspectiva teórica, fueron protagonistas del cambio escuelas de pensamiento como las de Friburgo, Chicago, y la *Public Choice*, las que, desde distintas líneas argumentales, coincidieron en que la función empresarial, el mercado y la libre competencia constituían, frente a la dirección burocrática pública, un mecanismo más eficiente de asignación de los recursos económicos.

En palabras de Miguez Macho, la propuesta neoliberal podría escribirse en los siguientes términos:[11]

> La política económica no debería buscar ya objetivos a corto plazo por medio de medidas discrecionales, que muchas veces sólo producen inestabilidad, inflación y déficit público, con la consiguiente perturbación del correcto y automático funcionamiento del mercado; por el contrario, el gobierno público de la economía tendría que mirar a largo plazo, dirigiendo sus esfuerzos a eliminar las rigideces de los mercados y a incentivar la productividad, el ahorro y las inversiones privadas, y dejando al libre juego de las fuerzas de mercado el equilibrio cotidiano. Por lo demás, era objeto de fuerte contestación la dependencia que la sociedad civil había adquirido con respecto al Estado, reclamándose en consecuencia un retorno al principio de responsabilidad individual y una disminución de los gastos sociales y asistenciales públicos. De este modo, las propuestas neoliberales, en la forma en que se plasmaron en los programas políticos a principios de los años ochenta, incluían la reducción de los impuestos y del gasto público, la supresión de buena parte de la intervención pública reguladora de la actividad económica... y la introducción de los principios de la gestión empresarial en el ámbito de las administraciones públicas, además de la conversión de los entes públicos económicos en sociedades de derecho privado y la venta de acciones de las mismas (privatización).

Los procesos de apertura económica y defensa de la competencia que propuso el nuevo modelo de desarrollo, plantearon la necesidad de revisar el diseño institucional de las organizaciones administrativas a fin de definir la forma en que servirían mejor a la nueva visión de Estado.

En esta línea de pensamiento dos tipos de instituciones resultaron indispensables: por un lado, las comisiones reguladoras y, por otro, los órganos de defensa de la competencia. La experiencia de otros países, en especial de origen anglosajón, dejó como ejemplos de éxito la encomienda de tales cometidos a comisiones, comités o juntas de regulación de carácter preferentemente técnico, no político, y configuradas como "administraciones independientes", en algunos casos con adscripción orgánica al poder central, pero en otros incluso con autonomía orgánica.[12]

---

[10] Parejo Alfonso, L., *Derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 2013, pp. 31-47.

[11] *Cfr*. Miguez Macho, L., *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios,* Barcelona, Cedecs, 1999, pp. 54-55.

[12] Ariño Ortiz, G., "La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia: hacia un nuevo concepto de servicio público", en Cassagne, Juan Carlos, *Estudio preliminar sobre las*

En concordancia con el proceso descrito, en nuestro país la evaluación del marco regulatorio que regía a los diversos sectores productivos con alto impacto en la economía nacional, se inició a fines de la década de los ochenta. No es casualidad que también entonces México experimentara un escenario caracterizado por una fuerte crisis económica que presentaba como constantes la inflación, el desempleo, el alto déficit fiscal, la escasez de exportaciones de productos no petroleros, la ineficiencia de algunas empresas públicas y una pesada deuda externa, elementos que, en conjunto, condujeron al Estado mexicano a replantear el modelo de desarrollo económico e incorporar en su ordenamiento jurídico constitucional figuras tales como la rectoría económica del Estado y la planificación nacional del desarrollo.[13]

Explica García del Castillo que fueron las rupturas del consenso institucional, aunadas a la desfavorable situación económica, las que dieron como resultado el replanteamiento del ejercicio de gobierno bajo una óptica de eficiencia y promoviendo un reparto de facultades y recursos menos centralista. Así, junto a un intenso proceso de apertura de diversos mercados se recurrió, en el plano institucional y organizativo, a las estrategias de desconcentración, descentralización y federalización. Señala el autor citado que en definitiva se trató de reconstruir los espacios de decisión y acción entre los niveles de gobierno generando un marco distinto de relaciones gubernamentales.[14]

En este primer escenario de cambio la categoría organizativa de la desconcentración administrativa tuvo un papel fundamental para la recepción de una nueva generación de órganos que harían posible, en la dimensión institucional, la implementación de las políticas públicas de apertura económica, como en los casos de los sectores financieros, telecomunicaciones, energía y competencia económica.

A fin de explicar la afirmación previa, es oportuno señalar que incluso antes de la incorporación de la organización y las bases de la administración pública federal al orden constitucional en 1981, la legislación secundaria de los setenta ya venía perfilando un sistema de organización administrativa a través de dos vías:[15]

a) Una organización sistematizada bajo la línea de jerarquía, poder de mando, instrucción y centralización, a través de la cual el Ejecutivo y los secretarios de Estado ejercían el control directo de las actuaciones de los órganos administrativos subordinados.
b) Esquemas de organización con tendencia descentralizadora mediante el otorgamiento de *autonomías graduables*; lo anterior, más en el plano técnico y funcional que en el orgánico.

---

técnicas de habilitación en el marco de una nueva concepción sobre el servicio público, Buenos Aires, Ábaco, 1996, pp. 74 y ss.

[13] Roldán Xopa, J., *Derecho administrativo*, México, Oxford University Press, 2008, pp. 6-18.

[14] García del Castillo, F., *Los municipios en México: los retos ante el futuro*, México, CIDE, Porrúa, 1999, pp. 83-91.

[15] Para un estudio de la evolución previa a 1981 véase Barajas Montes de Oca, S., Comentario al artículo 90 constitucional, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1788/94.pdf*.

Con ese modelo organizativo en mente el legislador perfiló durante prácticamente dos décadas una administración pública a partir de tres categorías básicas:

1. *Centralización*: En los términos de la legislación mexicana, la administración centralizada se integraba por la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos; es mediante las reformas de 2007 y 2014, respectivamente, que se elimina la categoría de los Departamentos Administrativos y se establece la Consejería Jurídica del Gobierno. Tales órganos, en su concepción tradicional, se distinguen por estar subordinados jerárquicamente al Ejecutivo y por carecer de personalidad jurídica y patrimonio propios.
2. *Desconcentración*: La desconcentración administrativa, según señalan la mayoría de los tratados de derecho administrativo, surge para evitar los problemas que la centralización supone y operaba, tradicionalmente, a través de la delegación de facultades administrativas. Siguiendo este criterio, la Ley Orgánica de la administración pública federal ha señalado a lo largo de su vigencia que "Las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que *les estarán* jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determina en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables" (artículo 17).
3. *Descentralización*: La descentralización administrativa fue concebida como una "administración personalizada" en situación de autarquía. Bajo este diseño orgánico no se eliminan, en principio, los vínculos de jerarquía respecto de los órganos superiores de la administración; sin embargo, se obra en nombre y por cuenta de un patrimonio especial del Estado, por oposición al patrimonio general del mismo; de ahí que la legislación otorgue, como regla general, personalidad jurídica y patrimonio propio a estos organismos —ejemplos de este tipo de organización administrativa, los encontramos en los casos de lo que la legislación de la materia determina como el sector paraestatal y en el que se incluyen organismos descentralizados, fideicomisos públicos, empresas de participación estatal mayoritarias, entre otros—. La mayoría de estos organismos se encontraban sectorizados; es decir, bajo la dirección y supervisión de Secretarías de Estado, y prestaban, por lo general, un servicio público.

A partir del esquema de organización descrito, expliquemos cuál fue, y sigue siendo, la peculiaridad de la desconcentración administrativa.[16]

[16] La explicación de este proceso fue analizada aunque con mayor detalle en Cortés Campos, J., "La descentralización de funciones y la eficacia de la administración pública", en *El derecho administrativo en México: tendencias actuales*, *Documentación Administrativa*, núm. 273, septiembre-diciembre 2006, pp. 41-60, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, INAP, así como en "La Comisión Nacional de Hidrocarburos y el debate de las autonomías ¿necesarias?", en *Cinco reguladores*, México, CIDAC-Red Mexicana de Competencia y Regulación-USAID, septiembre, 2013.

Lo primero que hay que notar es que la figura organizativa de la desconcentración administrativa aparece regulada en la Ley en su más mínima expresión; esto es, constituye prácticamente una "categoría hueca" por lo que desde sus orígenes ha correspondido al legislador, y en otros casos al Ejecutivo, determinar el régimen jurídico funcional, personal y patrimonial de tales órganos.

Es tal condición normativa la que permitió que, particularmente en la década de los noventa, a través de la desconcentración administrativa, y mediante la asignación de autonomías de diverso grado, se modificara la forma de estructuración y organización de la administración pública, la forma de ejercicio de las funciones administrativas por el Ejecutivo y, en definitiva, el arreglo constitucional de sus poderes.

Así, mientras que la desconcentración administrativa en su concepción original buscó establecer órganos dotados con competencias para ejercer las atribuciones del poder central fuera de la capital del país, pero sin romper la línea de jerarquía propia de la centralización administrativa ("órganos desconcentrados típicos"), los órganos desconcentrados de "nueva creación" operaron, en algunos casos, a través del adelgazamiento de las notas propias de la relación jerárquica, y compartiendo funciones del poder central.

La autonomía a que se alude, se muestra claramente como una tendencia en el modo de organizar la función administrativa de los sexenios presidenciales de Carlos Salinas de Gortari y Ernesto Zedillo, aunque se trata de un proceso que continúa en los sexenios siguientes; lo anterior, bajo el argumento de que, para el mejor funcionamiento de las instituciones públicas, particularmente aquéllas que operan en sectores económicos regulados, o de alta especialización, debe garantizarse un ámbito de actuación que les permita llevar a cabo sus tareas en un espacio de libertad que permita que la "técnica" sea el ámbito de decisión administrativa y la "política" limite su injerencia. Este es el caso de diversos órganos como la Comisión Federal de Competencia; la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; la Comisión Federal de Telecomunicaciones; la Comisión Reguladora de Energía, y la Comisión Federal de Mejora Regulatoria.

Así, fueron integradas a la administración pública federal un nuevo tipo de órganos desconcentrados con grados variables de autonomía y que adquirieron un conjunto de atribuciones prescindiendo de la figura de "delegación" de atribuciones de los poderes centrales a los desconcentrados; de esta forma se les dotó con carácter originario de atribuciones administrativas que no correspondían a los órganos centrales ni a sus atribuciones típicamente administrativas, porque también les fueron asignadas atribuciones cuasi-legislativas y cuasi-jurisdiccionales.

IV. La transición democrática. Efectos desde la sede legislativa

La transición democrática de 2000, bajo el gobierno de Vicente Fox, supuso importantes transformaciones para la administración pública federal. En primer lugar, hay que apuntar que el proceso de fortalecimiento de los órganos reguladores sur-

gidos en los años noventa continuó, aun cuando en algunos casos fue más lento de lo deseable; en segundo lugar, comenzó un proceso muy interesante de reposicionamiento del Poder Legislativo a través del redimensionamiento de la administración pública federal y, en consecuencia, de los poderes del Ejecutivo Federal. En otras palabras, la capacidad organizativa del Ejecutivo Federal respecto de su administración pública, por decisión del Congreso, fue adquiriendo nuevos límites.

Efectivamente, durante los primeros años del sexenio de Vicente Fox, fue recurrente que las leyes plantearan la necesidad de redefinir la organización administrativa de distintas entidades y dependencias a cargo de la administración pública federal.[17]

Los ejemplos legislativos que dieron cuenta de este proceso se localizaban en distintas materias y órganos administrativos tales como el Instituto Nacional Indigenista; el Instituto Nacional de Geografía, Estadística e Informática; la Comisión Nacional del Deporte; el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes; el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; el Instituto Nacional de las Mujeres, la Comisión Reguladora de Energía; y la Comisión Federal de Telecomunicaciones, entre muchos otros. Lo anterior mostraba un fenómeno de amplio alcance, y hasta cierto punto indiscriminado, que logró afectar transversalmente a la administración pública, en tanto que tuvo efectos políticos y de gobierno; en suma, se favoreció la posición del Legislativo, en "balance y merma" de las atribuciones del Ejecutivo.

Los casos enumerados presentaban como objetivo común, según las Exposiciones de Motivos de diversas leyes, lograr la descentralización de funciones al interior de la administración pública federal con el propósito, se decía, de garantizar la eficacia de los distintos entes administrativos. Sin embargo, también quedaba claro, aunque no lo hubiera señalado tan abiertamente el legislador, que otro de los objetivos del cambio consistía en otorgar a tales organizaciones mayor independencia y capacidad de decisión por la vía de la autonomía presupuestal.

En esta línea de pensamiento, en algunos casos se propuso, y en otros se implementó, el cambio en el diseño y las facultades de órganos originalmente desconcentrados para convertirlos en organismos descentralizados. Algunos ejemplos son los siguientes: Instituto Nacional de Geografía, Estadística e Informática, Instituto Nacional Indigenista, Comisión Nacional del Deporte, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Consejo Nacional de Radio y Televisión, Comisión Reguladora de Energía, y Comisión Federal de Telecomunicaciones.

Para otros casos, en los que los órganos ya operaban como organismos descentralizados, como los del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y el Instituto Nacional de las Mujeres, se utilizó la vía de la "no sectorización" como estrategia de tránsito a una mayor autonomía.

Finalmente, y como una alternativa de último recurso para esos años llegaba a proponerse la autonomía constitucional;[18] fueron pocos los casos que alcanzaron

[17] La explicación de este proceso fue analizada, aunque con mayor detalle, en Cortés Campos, J., *op. cit.*

[18] Para esos años la lista de órganos constitucionales autónomos quedaba integrada por el Banco de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Instituto Federal Electoral y la Universidad Nacional Autónoma de México.

tal naturaleza jurídica, entre ellos el Instituto Nacional de Geografía, Estadística e Informática.

Las vías de reorganización descritas plantearon una nueva lógica de construcción del ordenamiento administrativo que iría propiciando que el ordenamiento jurídico administrativo mexicano, por la vía de las leyes, experimentara una ruptura gradual de las diversas formas de expresión de la centralización, para incorporar en su lugar variadas formas de organización administrativa catalogadas bajo los nombres de descentralización y autonomía, categorías que se sumarían a los órganos desconcentrados de nueva generación descritos en la sección previa.

Fue así como comenzó a producirse una asimetría relevante entre los distintos órganos administrativos; esto, con independencia de que en nombre compartieran la misma naturaleza jurídica. Así, mientras los desconcentrados de la Ley Orgánica de la administración pública federal quedarían sujetos a la jerarquía del Secretario, los denominados reguladores se crearon mediante leyes sectoriales como desconcentrados no subordinados; de igual manera, mientras en la Ley Orgánica de la administración pública federal y en la Ley Federal de Entidades Paraestatales se estableció la sectorización de las entidades, las nuevas leyes prescindieron de ella en varios casos (Instituto Nacional de las Mujeres[19] y Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas).[20]

Es importante destacar que en la medida en la que las transformaciones a la organización se realizaron por vía de leyes especiales, sin los respectivos ajustes a la Ley Orgánica de la administración pública federal, este último ordenamiento comenzó a perder gradualmente su capacidad operativa como articulador y ordenador general de la administración pública federal.

V. Las transformaciones recientes y su anclaje constitucional

La autonomía constitucional supone la existencia de una organización pública que tiene prerrogativas propias ejercidas por autoridades distintas y no adscritas orgánicamente a las del poder central. Se trata de órganos que, por determinación constitucional, cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propios y que pueden oponer al poder central su esfera de autonomía.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el origen de los órganos constitucionales autónomos se encuentra en la evolución del concepto de distribución del poder público y en la necesidad de atender necesidades de gran relevancia tanto del Estado como de la sociedad en general; las actuaciones de tales órganos no se encuentran sujetas ni atribuidas a los depositarios tradicionales del poder público (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial), sino que dichas actuaciones

[19] Creada mediante Ley, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 12 de enero de 2012.

[20] Creada mediante Ley, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 21 de mayo de 2003.

tienen funciones específicas con el fin de obtener mayor especialización, agilización, control y transparencia para atender eficazmente las demandas sociales.[21]

De acuerdo con la interpretación del Poder Judicial, las características de los órganos constitucionales autónomos son las siguientes:[22]

a) Deben estar establecidos directamente por la Constitución federal.
b) Deben mantener relaciones de coordinación con los otros órganos del Estado.
c) Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera.
d) Deben atender funciones primarias u originarias del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.

Partiendo de tales características, el juez constitucional ha señalado que tal forma de organización pública no destruye la tradicional doctrina de la división de poderes, pues la circunstancia de que dichos organismos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios no significa que no formen parte del Estado mexicano, ya que su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales.

Si bien se coincide en la afirmación de que, con la existencia de órganos constitucionales autónomos no se "destruye" el principio de división de poderes, lo cierto es que sí tiene lugar su replanteamiento, puesto que lo propio de estos órganos es ejercer atribuciones multimodales de corte administrativo, legislativo y jurisdiccional que no necesariamente se distinguen de otras atribuciones de los órganos públicos.

Adicionalmente, se hace notar que por la vía de creación de órganos constitucionales autónomos, también tiene lugar la alteración al diseño organizativo de la administración federal; lo anterior, particularmente cuando tales órganos surgen a partir de la extracción de típicas competencias administrativas y sectores de los que era depositaria la administración pública federal. Veamos con mayor detalle este proceso.

Originalmente la asignación de autonomía constitucional quedaba reservada a una decisión del constituyente de carácter excepcional; de ahí que por muchos años los órganos constitucionales hayan quedado limitados y referidos a materias de especial importancia política, económica o social. Así durante la década de los noventa, y la primera década del siglo XXI, la lista de órganos constitucionales autónomos quedaba integrada por el Banco de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Instituto Federal Electoral y la Universidad Nacional Autónoma de México.

Sin embargo, al día de hoy la lista de órganos constitucionales autónomos dista de ser lo restringida o limitada que era en la etapa previa, lo que de suyo podría cuestionar la excepcionalidad, centralidad o relevancia de las materias en las que

[21] Núm. Registro: 172 456. Controversia constitucional 31/2006.
[22] Núm. Registro: 170 238. Controversia constitucional 32/2005.

se ha concedido la autonomía constitucional. En el marco constitucional vigente la lista de órganos constitucionales autónomos es la siguiente:

1. Banco de México (artículo 28, párrafo sexto).
2. Instituto Nacional Electoral (artículo 41, fracción V, apartado A).
3. Comisión Nacional de los Derechos Humanos (artículo 102, apartado B, párrafos primero al cuarto).
4. Universidad Nacional Autónoma de México (artículo 3o., fracción VII).
5. Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI, artículo 26, apartado B de la Constitución).
6. Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (artículo 3, fracción IX).
7. Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (artículo 6, apartado A, fracción VIII).
8. Comisión Federal de Competencia Económica (Cofetel, artículo 28, párrafo 14).
9. Instituto Federal de Telecomunicaciones (Ifetel, artículo 28, párrafo 16).
10. Consejo Nacional de Evaluación Política de Desarrollo Social (artículo 26, apartado C).
11. Auditoría Superior de la Federación (artículo 79).
12. Fiscalía General de la República (artículo 102, apartado A, párrafo I).

Atendiendo al alcance de este estudio, y con el objetivo de analizar los efectos que sobre la administración pública federal tiene la entrega de autonomía constitucional, nos centraremos en aquellos órganos constitucionales que fueron creados a propósito de la reforma más reciente al modelo económico constitucional y que operaron en los sectores de telecomunicaciones, competencia económica y energía.

A propósito del alcance de las citadas reformas es importante notar que fueron implementadas sobre distintas dimensiones:

a) La sustantiva: que suele asociarse a un catálogo de nuevos derechos tutelados que surgen a raíz del cambio estructural, por ejemplo, los derechos de las audiencias o el derecho a la banda ancha e Internet.
b) La adjetiva: dirigida a operar sobre los procedimientos administrativos, judiciales y, en algunos casos, sobre mecanismos alternativos de resolución de conflictos, a fin de garantizar eficazmente la tutela de los derechos de los agentes económicos involucrados en los procesos y, con ello, resguardar la naturaleza de orden público que le es inherente a estos últimos.
c) La regulatoria: que pretende incidir a través de distintos mecanismos de regulación a fin de garantizar *ex ante* y *ex post* que los sectores económicos funcionen en competencia (por ejemplo, eliminación de barreras de entrada, regulación asimétrica, regulación de precios, sanciones).
d) La de política pública: orientada a señalar acciones y metas concretas de corto, mediano y largo plazo que han de incorporarse como medidas de acompañamiento de la política de reestructuración sectorial.

e) La institucional: cuyo objetivo central consistió en lograr el fortalecimiento de los órganos reguladores a fin de blindarlos políticamente y asegurar que el ejercicio de sus competencias sea desplegado con fundamento en su capacidad técnica; y también asegurar que otros órganos y entidades operaran en un marco de mayor autonomía, aunque no necesariamente orgánica sino funcional.

Concretamente, desde la perspectiva institucional, tuvieron lugar modificaciones como las siguientes: tanto la Comisión Federal de Competencia Económica, como la Comisión Federal de Telecomunicaciones, fueron transformadas en órganos constitucionales autónomos; la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía adquirieron la naturaleza jurídica de órganos reguladores coordinados; y tanto la Comisión Federal de Electricidad como Petróleos Mexicanos, antes organismos descentralizados, fueron reconfigurados bajo la categoría normativa de Empresas Productivas del Estado.[23]

Los ejemplos citados dan cuenta de tres tipos de modificaciones al diseño institucional de la administración pública federal:

a) La relativa a la creación de nuevos órganos constitucionales autónomos (Comisión Federal de Competencia Económica e Instituto Federal de Telecomunicaciones) a partir de la "extracción" de típicas competencias de la administración pública federal que eran ejercidas tanto por las Secretarías de Estado como por los órganos desconcentrados.[24]
b) La que implica la incorporación de nuevas categorías a la administración pública federal, concretamente en la vertiente de centralización administrativa, con reconocimiento expreso en la Ley Orgánica de la administración pública federal, y con una legislación propia. Este es el caso de los órganos reguladores coordinados en materia energética.[25]
c) La que tiene lugar mediante la incorporación de nuevas categorías a la administración pública federal, en la vertiente de paraestatalidad, con reconocimiento constitucional, sin reconocimiento expreso en la Ley Orgánica de

[23] Se hace notar que la lista de órganos señalados no incluye la totalidad de órganos que fueron creados a partir de las reformas citadas (como el Centro Nacional de Control del Gas, la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Ambiente, o el Consejo Consultivo del IFT); en su lugar se analizan aquellos órganos que dan especiales muestras de la reconfiguración a que está sujeta la administración pública federal y de los retos que se plantean.

[24] El 11 de junio de 2013 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto de reformas constitucionales en materia de telecomunicaciones y competencia económica. Concretamente, en el artículo 28 constitucional se establece para la Comisión Federal de Competencia Económica y para el Instituto Federal de Telecomunicaciones la naturaleza jurídica de órganos constitucionales autónomos.

[25] Al respecto, la Ley Orgánica de la administración pública federal vigente, en su artículo 2o., establece que los órganos reguladores coordinados forman parte integrante de la administración centralizada. Asimismo, el 11 de agosto de 2014 fue publicada la Ley de los órganos reguladores coordinados en materia energética.

> la administración pública federal, y con una legislación propia, supuesto en el que se encuentran las denominadas Empresas Productivas del Estado.[26]

Es sencillo pronosticar que, de acuerdo con la variedad de los modelos descritos, también tendrán lugar distintos alcances y efectos sobre la conformación de la administración pública federal; de ahí que en la siguiente sección se presenten algunos de los retos más visibles que plantean las etapas de transformación y reconfiguración administrativa que han sido descritas.

VI. Efectos visibles

A partir de la reconfiguración más reciente de la administración pública federal, sería aventurado señalar cada uno de los efectos que ha supuesto tal proceso y, más aún, ofrecer su sistematización; no obstante, sí es viable referirse a los efectos más visibles.

Desde una perspectiva interna, la administración pública federal debe hacer frente a dos procesos distintos; en primer lugar, el replanteamiento de las categorías administrativas existentes, así como la incorporación de nuevas organizaciones públicas tanto en el segmento de la centralización administrativa, como en el de la paraestatal, lo que da como resultado una compleja composición pública que plantea la dificultad de asociar a cada categoría organizativa consecuencias normativas precisas o estandarizadas; y, en segundo lugar, como resultado del primer proceso, deberá hacerse frente al debilitamiento interior de las estructuras jerarquizadas.

En el plano externo y funcional la administración pública federal necesariamente deberá ejercer sus funciones en convergencia o a través de órganos de distinto origen (legislativo o constitucional) que bajo el nuevo modelo tienen competencias originarias en sectores que hasta antes de las reformas recientes correspondían a la administración pública federal.

Lo anterior exigirá por parte de la administración pública la revisión y alineamiento de funciones públicas y sus correspondientes organizaciones administrativas, bajo la consideración de que en los hechos no es la "etiqueta" de centralización, descentralización, autonomía, o desconcentración, lo que determina la independencia y eficacia de la gestión pública, sino que existen elementos concretos y verificables (sistemas de nombramiento, poder de instrucción o mando, régimen presupuestal, régimen de responsabilidades, entre otros) a partir de los cuales sí es posible realizar una revisión racional que conduzca a la reconfiguración orgánica y funcional de las entidades administrativas.[27]

---

[26] En el Decreto de reformas constitucionales en materia energética, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013, Transitorio Vigésimo se establecen las bases de organización de las Empresas Productivas del Estado.

[27] Roldán Xopa, J., *op. cit.*, pp. 236-248.

Asimismo, en el plano de la ejecución de los mandatos administrativos y la articulación de políticas públicas, y dado que seguramente se presentarán traslapes de competencias propias de política sectorial y de regulación, será necesario reforzar los mecanismos de coordinación y colaboración interinstitucional.

Una problemática adicional tiene lugar en materia de poderes regulatorios o de normación general. Hemos señalado que a los órganos constitucionales autónomos les han sido atribuidas, de manera originaria y con rango constitucional, competencias tanto normativas, como administrativas, y jurisdiccionales. De esta forma, se ha producido una reasignación de la facultad reglamentaria; mientras que en el modelo constitucional previo a las reformas el Ejecutivo era el único órgano que ejercía, con fundamento en el artículo 89, la citada facultad, hoy se acepta constitucionalmente que la facultad reglamentaria sea ejercida, por los órganos constitucionales autónomos (entre ellos la Comisión Federal de Competencia Económica, y el Instituto Federal de Telecomunicaciones) y con la correspondiente limitación (exclusión) del poder reglamentario del Ejecutivo Federal.[28]

El sector de las telecomunicaciones ilustra claramente la problemática antes señalada porque deja ver la forma en la que la función administrativa en sus facetas (regulación-control, actos de gestión o prestación-actos de autoridad, política pública y metas de gobierno) da pie a importantes traslapes.

Así, por ejemplo, de acuerdo con el modelo económico constitucional la conducción de la política económica nacional corresponde primordialmente al Ejecutivo Federal; en esa medida, el Plan Nacional de Desarrollo, al menos formalmente, se constituía como un instrumento normativo articulador de las distintas políticas económicas sectoriales.

En el escenario vigente, si bien es cierto que, de acuerdo con la propia Constitución, el citado instrumento vincula al Instituto Federal de Telecomunicaciones,[29] su efectividad es parcial dado que este órgano ya no forma parte de la administración pública federal. En otras palabras, los instrumentos de ordenación, verificación, control y rendición de cuentas a cargo del Ejecutivo se ven limitados.

En el plano de la administración y gestión del espectro radioeléctrico se presentan no sólo competencias compartidas entre la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, sino que, sin duda más complicado, se ejercen competencias por un mismo órgano en las que el traslape y el enfrentamiento entre decisiones de política social y política regulatoria (competencia) es recurrente.[30]

---

[28] Tanto la Comisión Federal de Competencia Económica, como el Instituto Federal de Telecomunicaciones han emitido Disposiciones Regulatorias que, en sentido estricto, constituyen los respectivos reglamentos a las Leyes de la materia.

[29] Véase Decreto de reformas constitucionales en materia de telecomunicaciones y competencia económica, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2013, Transitorio Décimo Séptimo.

[30] Así, por ejemplo, de la misma forma que al Instituto Federal de Telecomunicaciones le corresponde operar como regulador de competencia en el sector, también le toca ser promotor y garante de políticas públicas de corte social (concesiones de uso social, regulación de contenidos, derechos de las audiencias).

Por su parte, el sector energético también da cuenta de la complejidad descrita. No sólo en tanto que los órganos reguladores (Comisión Reguladora de Energía y Comisión Nacional de Hidrocarburos) adquirieron una nueva posición normativa al estar previstos constitucionalmente y quedar situados como un órgano más de la administración pública centralizada; lo que aparentemente les da "paridad" respecto de las secretarías de Estado, sino que de la mano de las denominadas Empresas Productivas del Estado, también previstas constitucionalmente, se generaron regímenes especiales en numerosas materias (presupuesto, contratación, deuda pública, régimen disciplinario, y los que resulten necesarios) bajo el objetivo de que puedan cumplir con su objeto y competir en la industria, pero con el riesgo que supone construir regímenes de excepción en las materias que tradicionalmente habían logrado, o al menos intentaron, servir de ejes transversales de articulación del sector público administrativo.

VII. Consideraciones finales: estrategias de encauzamiento

El escenario descrito y sus efectos más visibles sobre la administración pública federal anuncian el reto que supone garantizar la eficacia y eficiencia en la conducción política y de gestión de las nuevas administraciones públicas. Al respecto, es indiscutible que si el nuevo modelo de organización administrativa tiene su raíz en sede constitucional, es a ese nivel que deben buscarse y reinterpretarse los ejes de articulación y encauzamiento del cambio. Lo que en definitiva supone reconstruir un nuevo paradigma de gobierno administrativo.

Para tales efectos resulta de especial importancia generar un diagnóstico del estado que guarda por sector la administración pública en su diseño orgánico y funcional; lo anterior exige analizar los distintos tipos de sujetos y órganos administrativos a cargo de la gestión administrativa, así como la relación que guardan con el Ejecutivo y su administración, bajo la premisa de que el grado de dependencia o autonomía determina una específica posición en la compleja red de administraciones públicas, y tal posición dependerá de concretos atributos y herramientas con los que se ejerce la función de gestión pública.

Adicionalmente, a partir del reconocimiento de que el nuevo modelo de organización administrativa opera bajo esquemas de convergencia de atribuciones y líneas de jerarquía costumizadas, cobrarán especial relevancia los mecanismos de coordinación interinstitucional puesto que, por determinación constitucional, al legislador corresponderá, aun cuando en un universo administrativo más acotado, determinar "las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado".

En este nuevo espacio organizativo será fundamental que las leyes sectoriales fortalezcan o reconfiguren los mecanismos de coordinación interinstitucionales tales

como los sistemas, consejos, comisiones intersecretariales, gabinetes y comités; e incluso la sectorización administrativa.

Por último, también a nivel constitucional, pero con el debido acompañamiento legislativo, será necesario recuperar los ejes de articulación transversal de las administraciones públicas ("técnicas de reducción a la unidad"),[31] a través de marcos normativos comunes en las siguientes materias: contratación pública, responsabilidades administrativas, rendición de cuentas, transparencia y acceso a información, mejora regulatoria, y presupuesto.

VIII. Bibliografía

Ariño Ortiz, G., "La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia: hacia un nuevo concepto de servicio público", en Cassagne, Juan Carlos, *Estudio preliminar sobre las técnicas de habilitación en el marco de una nueva concepción sobre el servicio público*, Buenos Aires, Ábaco, 1996.

Barajas Montes de Oca, S., "Comentario al artículo 90 constitucional", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1788/94.pdf*.

Cortés Campos, J., "La descentralización de funciones y la eficacia de la administración pública", en *El derecho administrativo en México: tendencias actuales*, *Documentación Administrativa*, núm. 273, septiembre-diciembre, 2006, pp. 41-60, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, INAP.

———, "La Comisión Nacional de Hidrocarburos y el debate de las autonomías ¿necesarias?", en *Cinco Reguladores*, México, CIDAC-Red Mexicana de Competencia y Regulación-USAID, septiembre, 2013.

Cortés Campos, J. *et al.*, *La interpretación judicial en materia de competencia económica*, México, Tirant lo Blanch, 2015.

García de Enterría, E., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1995.

García del Castillo, R., *Los municipios en México: los retos ante el futuro*, México, CIDE, Porrúa, 1999.

Martín-Retortillo Baquer, S., "La administración pública en la llamada crisis del Estado Social de Derecho", en *Fragmentos de derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 203-216.

Miguez Macho, L., *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Barcelona, Cedecs, 1999.

Parejo Alfonso, L., *Eficacia y administración: tres estudios*, Madrid, INAP, BOE, 1995.

[31] Término pertinentemente utilizado por García de Enterría al referirse a la compleja interacción de las administraciones públicas, no sólo en sus relaciones con otras organizaciones administrativas al nivel de la administración del Estado, sino también por referencia a las administraciones locales. *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 35-36.

———, *Derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 2013.

ROLDÁN XOPA, J., *Derecho administrativo*, México, Oxford University Press, 2008.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP, Marcial Pons, 2003.

IMPUNIDAD CONSTITUCIONAL

Roberto DÍAZ SÁENZ

Violar la Constitución es destruirla.

Guillermo FLORIS MARGADANT*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Impunidad constitucional*. III. *Criterio actual de la SCJN*.

I. INTRODUCCIÓN

Debemos celebrar que nuestra Constitución es el resultado de un movimiento armado, jurídicamente de avanzada para su época. Las ideas de clásicos y nuevos de corte eminentemente social y ánimo reivindicador dieron respuesta al modo de ser, vivo, cambiante, influido por factores políticos, históricos, sociológicos, culturales y del poder existente en el México de hace cien años.

Fue un ejemplo mundial como la primera Constitución con sentido social y receptora de los derechos populares, creada por personas que en su mayoría no eran doctas o técnicas; algunos, inclusive, fueron perseguidos. Celebramos a la norma fundamental no tanto por su edad, sino por su orientación.

Al día de hoy,[1] la Constitución ha sido modificada por doscientos veintiocho decretos, con un total de 698 reformas. Esto no significa se hayan modificado cada uno de los 136 artículos que la integran. Hay reformas parciales, poco sistemáticas, con múltiples formas de estilo que inclusive los peritos en derecho encuentran difíciles de entender.

Una de las principales reformas se publicó el 10 de junio de 2011. Diez artículos fueron modificados e impactaron al sistema jurídico mexicano, cambiando el

* 1924-2002, profesor, jurista e historiador mexicano, naturalizado en 1960.

[1] Puebla, Puebla, 1o. de agosto de 2016.

paradigma de los habitantes y de los estudiosos del derecho. Hay muchos aspectos por comentar al respecto, especialmente ciertos puntos de la reforma al artículo 1o.[2]

El título primero, capítulo primero de la Constitución cambió su denominación "De las garantías individuales" a "De los Derechos Humanos y sus Garantías". Este ajuste afortunado diferencia a los derechos de sus herramientas para defenderlas, prácticamente en ningún texto constitucional podríamos localizar que el derecho y el instrumento de tutela sean lo mismo. La reforma incluye el concepto modernizador de los derechos humanos. Los pone al día dentro del constitucionalismo y brinda la oportunidad de abrirse a la globalización y al cosmopolitismo jurídico.

También vivimos en una época en la cual se obliga a las autoridades a trabajar de una manera mucho muy especial y distinta en beneficio de la protección de los derechos humanos. Se transforma, entre otras cuestiones importantes, al sujeto del derecho humano: quién tiene la titularidad del derecho. Cambia del concepto individuo al de persona, aun cuando este último es uno eminentemente jurídico, esto es, no una creación biológica o de otro tipo, sino estrictamente jurídico; pero no es lo mismo entender la apertura en cuanto a la oportunidad de que el derecho cuente como sujeto no sólo a las personas físicas, sino también a las colectivas. Por supuesto que no de todos los derechos que en cuanto a su ejercicio dependa de manera personalísima.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dos años después de la reforma, al resolver la contradicción de tesis 360/2013,[3] interpretó que la expresión "todas las personas", contenida en el artículo 1o. constitucional, comprende no sólo a las consideradas en su calidad de seres humanos, sino también a las jurídicas colectivas. En marzo de 2015, el propio Pleno determinó que el principio de interpretación más favorable a la persona contenido en el párrafo segundo del citado numeral, es aplicable respecto a las normas relativas a los derechos humanos de los cuales gocen las personas colectivas. Por lo tanto, deben interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia.

---

[2] Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

[3] Rubro: Personas jurídicas. Son titulares de los derechos humanos y de las garantías establecidas para su protección, en aquellos supuestos en que ello sea aplicable, con arreglo a su naturaleza.

Podría presentarse la duda de si las personas colectivas de derecho privado son las únicas titulares de derechos humanos o también las personas jurídicas de derecho público. Aquí podríamos encontrar un matiz. La reforma anunciada generó la inclusión de un tema muy interesante respecto a los derechos implícitos. Dentro del texto constitucional, se modificó el término "otorgar" por "reconocer" derechos. Sin que me refiera al fundamento filosófico que sustente el actual texto, habrá que aceptar que la reforma nos indica que los derechos existen con independencia de la norma; inclusive tenemos más derechos que los expresamente contemplados en ella.

Puede estimarse que antes de 2011 existía un catálogo limitativo de derechos. Ahora podemos afirmar que ese listado es enunciativo; esto es, puede estar abierto a otro género de reconocimiento de la dignidad humana.[4]

Ubicamos una muestra de ello en el concepto del mínimo vital, que es el derecho a gozar de unas prestaciones e ingresos mínimos que aseguren a toda persona su subsistencia, un nivel de vida digno y la satisfacción de sus necesidades básicas. Este derecho encuentra sustento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los artículos 25, numeral 1 y 23, numeral 3. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, a ella y a su familia, la salud y el bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Asimismo, los trabajadores tienen derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que asegure a la persona y a su familia una existencia conforme con la dignidad humana. Dicha remuneración debe completarse con cualquier otro medio de protección social.

De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene normas que prevén el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Establece que la remuneración de los trabajadores como mínimo debe garantizar condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias (artículos 11, numeral 1 y 7, inciso a, subinciso ii).

Al respecto, la Primera Sala de la Corte ha determinado que el derecho al mínimo vital engloba todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Por esta razón, aun cuando no se encuentre ese derecho expresamente identificado en algún numeral de nuestra Constitución, se ha concluido que por derivar del principio de dignidad humana en relación con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad, en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta, se reconoce a favor de los individuos como un derecho fundamental que se obtiene de otras disposiciones de la carta magna.

Es muy buena noticia que a partir de 2011 nadie nos otorgue un derecho, sino que se reconozcan derechos universales, fundamentales para la convivencia, de los cuales no podemos desprendernos. El artículo 1o. de la Constitución transforma

[4] Carpizo, Jorge, "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 25, julio-diciembre de 2011, pp. 3-29.

nuestro sistema jurídico al incluir a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales (directos y derivados —recomendaciones generales que expiden los Comités de Naciones Unidas y la jurisprudencia de los tribunales internacionales reconocidas por el Estado mexicano, especialmente la emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos—).

En consecuencia, la armonización normativa producida a nivel internacional es vinculante en nuestro país, lo cual obliga a las universidades, gobierno y gobernados a transformar su visión del derecho y sus fuentes. Los resultados de la Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional, elaborada por especialistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,[5] arroja que casi 90% de los encuestados conoce poco o nada la Constitución. Si a esto le sumamos el cúmulo de normas que integran el nuevo sistema jurídico mexicano, el reto es altísimo para dar a conocer también el nuevo bloque constitucional, máxime que los tratados fueron celebrados para ser cumplidos.

Un punto muy importante de la reforma aludida es la acción de explicar o declarar el sentido de las normas, esto es, de interpretar el texto jurídico, atribuirle un significado. ¿De qué manera deben interpretarse las normas en nuestro sistema jurídico? Esto incluye las cuatro grandes ramas del derecho: penal, del trabajo, laboral, administrativo y privado, todas en relación con el derecho procesal y con independencia de la Constitución.

Habrá que aceptar que todo nuestro derecho es público, dado que debe interpretarse de manera compatible con la Constitución y los tratados internacionales, pues éstos impregnan al sistema jurídico mexicano.[6] Sería impensable que hoy cualquier servidor público u operador jurídico determinara que un derecho fundamental (que atiende a cubrir las necesidades de la dignidad humana) no se respete por no estar contenido en la Constitución o en algún tratado. Aun así, siguiendo el sentido común y jurídico, tendrían que operar por el efecto de la ampliación de la protección.

El principio *pro persona*, incluido en la reforma señalada, nos obliga a encontrar la solución más acorde con la protección más amplia que se localice en la norma, sea de fuente constitucional o internacional, lo que beneficie de mejor manera a la persona.

En nuestros días ya no podemos pensar en resolver un caso concreto de manera piramidal. Al derecho ya no se le puede observar de manera escalonada, sino con una dirección que nos lleve a la eficacia del derecho. Esto nos presenta una serie de problemas en materia de interpretación.

La incorporación del tema de la dignidad humana se convierte en la cláusula de entrada y cierre de todo nuestro sistema constitucional. Tuvieron que pasar casi cien años para ello. La dignidad humana implica no instrumentalizar a nadie, no cosificar (tratar como *res*). A la persona se le debe tratar como un fin y no como un medio.

---

[5] Universidad Nacional Autónoma de México, *Segunda encuesta nacional de cultura constitucional*, mayo, 2011, *http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/*.

[6] Carbonell afirma que aquello que venía desde el *Digesto* romano de distinguir al derecho privado del público ha desaparecido, solamente existe el derecho público.

Un tema que debe destacarse es la incorporación del deber a cargo de los servidores públicos de promover, proteger, garantizar y respetar los derechos humanos de conformidad con los principios. Esto quiere decir que el cumplimiento irrestricto de la regla ya no procede. La línea refiere a los principios de universalidad, progresividad (el reconocimiento y la no regresión del reconocimiento de derechos), interdependencia (todos son conexos entre sí o ninguno lo es) y el principio de integralidad (los derechos humanos deben ser interpretados en su conjunto, íntegramente). También se encuentra, por supuesto, la parte del establecimiento de la obligación de la reparación del daño frente a la violación de los derechos humanos.

Así pues, el sistema procesal de defensa de la Constitución nos lleva al control de nuestra Constitución, a su protección y a la reintegración del orden constitucional. Ahora sí podemos hablar de un adecuado concepto de ley suprema de la unión; esa idea que nuestro artículo 133, desde 1824, tomó de la Constitución de Filadelfia de 1787.

Entonces las herramientas que integran la justicia de constitucionalidad se integran al control difuso de la convencionalidad. Ubicamos el fundamento de este control en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica,[7] así como los diversos 26 y 27 de la Convención de Viena y en el *Pacta Sunt Servanda*.[8]

El control difuso de convencionalidad se crea en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por conducto de un juez. Su presidente fue Sergio García Ramírez en 2003, mediante un voto en el caso Mirna Machan contra Guatemala. Pero lo hace desde su aspecto concentrado. En 2006 se ubicó ya materializada la doctrina del control difuso de la convencionalidad en el caso Almonacid Arellano contra Chile. En el párrafo 124 de la sentencia, se indica que el poder judicial debe ejercer una "especie" de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que se aplican a casos concretos; la Convención Americana de Derechos Humanos, y en consecuencia la autoridad judicial, no sólo debe observar el tratado, sino también la interpretación que del mismo haga la CIDH.

Poco después, en el caso de los trabajadores cesados del Congreso contra Perú, se matizó el control de convencionalidad. Destacan tres aspectos:

- Que ya no habla de una especie sino de un control de convencionalidad.
- Que procede de oficio sea invocado o no por las partes.
- Que debe ejercerse dentro del marco de las competencias y regulaciones procesales de cada juez nacional.

---

[7] "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

[8] "*Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Esta doctrina, en 2010, se consolidó en diez casos contenciosos. En el caso Cabrera García y Montiel Flores del 2011, se precisó algo mucho muy importante: el control de convencionalidad lo deben aplicar todos los jueces, independientemente de su pertenencia al poder judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Esto es, la CIDH instruye de manera clara que la eficacia de los derechos humanos es un deber de las cortes supremas y demás autoridades que ejerzan el control de constitucionalidad,[9] o no lo ejerzan, en los sistemas federales, sean locales o no, de cualquier materia y de cualquier jerarquía, incluyendo las administrativas.

Como síntesis de la jurisprudencia de la CIDH, se considera:

- Es un deber para todos los jueces, ejerzan control de constitucionalidad o no lo ejerzan (por ello es difuso). Este punto fundamental sustenta la impunidad constitucional que vivimos en México.
- Tiene un peso mucho mayor cuando se tiene la competencia para aplicar leyes.[10] Aquí hay que sopesar el grado de aplicación de esta teoría, porque en aquellos lugares donde no se ha legislado sobre el control de convencionalidad también debe ejercerse; debe hacerse una interpretación de la norma nacional conforme con la convencionalidad. De ahí que deban apartarse de aquellas que no sean convencionales y optar por la que sea más favorable de acuerdo con el principio *pro persona*.
- El bloque de convencionalidad que contiene al constitucional debe aplicarse de oficio. En consecuencia, los jueces y las autoridades ejercen un control de constitucionalidad, por lo que se ha resuelto en la jurisprudencia convencional.

No hay duda de que estamos en los albores de un nuevo modelo de sistema jurídico del control de constitucionalidad con fundamento en el de convencionalidad latinoamericano, en pro de la eficacia de los derechos humanos.

II. Impunidad constitucional

Sabemos que para modificar o dejar sin efectos parte de una Constitución, de normas generales y en su caso de resoluciones jurisdiccionales o administrativas, debe seguirse un procedimiento determinado ajustado al texto, según el cual debe agotarse previamente, para la eficacia de la reforma, sea derogación o abrogación, así

[9] Sobre el camino hacia la convencionalidad, se recomienda Becerra Ramírez, José de Jesús, "El camino hacia el control difuso de la constitucionalidad en México: la convencionalidad", *El Cotidiano*, México, núm. 180, julio-agosto de 2013, pp. 11-20.

[10] Ferrer Mac-Gregor desarrolla esta teoría en su voto particular como uno de los últimos jueces *ad hoc* de la CIDH en el caso Cabrera García y Montiel Flores.

como para invalidar una resolución jurisdiccional. Lo cierto es que el avance que en materia de derechos humanos ha existido, y muestra la verdadera intención de la CIDH.

Observamos, por ejemplo, que mediante una jurisprudencia la CIDH obligó a Chile a modificar su texto constitucional por contener una violación a derechos humanos. Recordemos el caso de *La última tentación de Cristo*, película que bajo el argumento estatal de la censura previa fue prohibida su exhibición. Después de un largo litigio, se ordenó dejar sin efectos esa parte de la Constitución y ajustarla para eliminar la censura previa. Identificamos cómo no fue la voluntad democrática ni un poder constituyente permanente quien motivó la reforma al texto fundamental chileno.

Tratándose de leyes, el caso de "Barrios altos", desde mi opinión uno de los asuntos contra la impunidad más importantes, obligó al Estado peruano a dejar sin efecto una serie de leyes que impedían el seguimiento judicial en contra de quienes habían violado derechos humanos otorgándoles amnistía.

En consecuencia, se dio la exigibilidad para que el Estado investigara y sancionara a los responsables de los abusos ejecutados principalmente por autoridades en contra de particulares que se dieron en esa zona. Observamos que la abrogación de las leyes es motivada, no por la voluntad democrática o el ejercicio parlamentario del Poder Legislativo, sino por instrucciones directas de la CIDH para hacer efectivos los derechos humanos.

En opinión de algunos ministros de la Suprema Corte mexicana, no existe un bloque de constitucionalidad como tal, como en Francia, por ejemplo, donde así está regulado.[11]

Esta situación no es del todo cierta. Bajo una interpretación de esa parte de la Constitución francesa así lo concluyen dichos ministros. La redacción de nuestra Constitución sí es clara al respecto; en consecuencia, nuestro país cuenta con un bloque de constitucionalidad.

También en México se da muestra de que las resoluciones jurisdiccionales que han causado estado pueden ser invalidadas por instrucciones de la CIDH. Sólo hace falta recordar que en la época del presidente Vicente Fox Quesada, el Poder Judicial había negado una serie de amparos al general Gallardo, personaje perseguido y sentenciado por haber cometido, a la luz del poder, delitos que lo hacían responsable para su reinserción. Después de más de ocho años de purgar una sentencia, fue puesto en libertad a través de indulto, no obstante existir cosa juzgada.

Entonces no nos encontramos con una subordinación en Latinoamérica de los tratados internacionales en relación con las Constituciones. Acaso alguno de los veintiún países que integran la OEA puede desconocer esta realidad.[12]

---

[11] El proemio de la Constitución francesa prevé: "El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003".

[12] Venezuela está por denunciar la CADH, o por lo menos el presidente tiene esa instrucción por parte de su Corte.

III. Criterio actual de la SCJN

El 3 de septiembre de 2013, el Pleno de la Corte mexicana resolvió la contradicción de tesis núm. 293/2011. La situación de fondo fue determinar la relación de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, a efecto de lograr la protección más amplia a las personas e interpretar el artículo 1o. de nuestra Constitución. La resolución, aprobada por diez votos a favor, determinó que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales representan el parámetro de control de regularidad constitucional. Pero si en la Constitución hay una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establezca el texto constitucional y que los tratados internacionales en materia de derechos humanos son vinculantes para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a las personas.

Múltiples críticas resultaron de ese fallo, inclusive dentro de los propios integrantes de la Corte. Por ejemplo, se criticó que, en lugar de buscar una solución operativa, se prefiriera el consenso como única razón de ser,[13] como si la legitimidad de la Corte se encontrara en duda. Por otra parte, observamos que el criterio de la mayoría del Pleno no se ajusta al texto del propio artículo 1o. constitucional, dado que mantienen impunemente una restricción a favor del texto constitucional. Esta situación implica una especie de jerarquización que resulta inconcebible, máxime que violenta el principio de progresividad.

Respecto a la segunda tesis, existe una apariencia por parte del Pleno; hace caso omiso al principio *pro persona* y al criterio juzgador de la CIDH. Señala que se aplicará su jurisprudencia si y sólo si es más favorable a las personas, como si la materia de los casos que se resuelven en sede internacional no implicaran en sí mismo que el Estado violentó derechos humanos, tal vez no en todos los casos. Pero si el asunto lo resuelven los jueces internacionales, sin duda será prefiriendo el mayor beneficio a las personas.

La Constitución es la norma suprema que se alza como referente, como paradigma fundamental al que deben someterse todas las otras normas; la Constitución no puede sino estar como referente único e insuperable de toda legitimidad y legalidad en el país, a riesgo, incluso, de perder su cualidad de norma de referencia fundante y origen de creación institucional, que a ella debe ajustarse y someterse toda otra norma que se genere dentro de su ámbito general de aplicación, pues de la Constitución deriva todo el marco normativo, incluso, desde luego, los tratados internacionales, incluyendo los de derechos humanos, y por ello la Constitución no puede en ningún caso perder su preeminencia sobre cualquier otra norma.[14] Me alejo de esta opinión por no ser acorde con los principios actuales de nuestra propia Constitución, así como los anunciados a nivel internacional. Pareciera que la evolución no tiene cabida en el Pleno de nuestra Corte, y me refiero a pasar por alto el

[13] Suprema Corte de Justicia, Voto particular del ministro Cossío Díaz, *http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659*.

[14] Punto de vista del ministro Luis María Aguilar Morales dado en su voto particular.

valor más importante que deben proteger: la eficacia de la dignidad humana. Tal pareciera que las más de seis sentencias dictadas en contra del Estado mexicano de 2008 a 2010 carecen de eficacia, inclusive orientadora, en el más puro significado.

Por qué no aceptar que los tratados internacionales en materia de derechos humanos armonizan el sistema constitucional. La construcción piramidal del derecho no es un postulado teórico inventado por Kelsen, sino una peculiaridad del orden jurídico que Kelsen se limitó a describir.

No existe ningún orden jurídico que no funcione en forma tal que una norma no pueda ser derogada invocando su incoherencia con otra que sea su fundamento de validez y que, por lo tanto, resulta ser superior. En un conjunto, así, habrá una norma final, fundamento de validez de (y por lo tanto superior a) todas las demás: la Constitución.

Si todos los órdenes jurídicos funcionan así y la teoría de Kelsen los describe en forma suficiente y completa, no parece conveniente desecharla. Por el contrario, el punto central del intento mexicano de enviar a Kelsen al archivo muerto es el siguiente: si antes había una diferencia de grado entre la Constitución y los tratados y ahora no, entonces la teoría de la construcción escalonada (piramidal) quedó superada. Sin embargo, no es así.

Primero: Kelsen (en la teoría pura del derecho y en la teoría general del derecho y del Estado) establece claramente que "Constitución" es un concepto, no un objeto. Toda norma que funcione como fundamento final de validez del orden jurídico (que sea norma de cierre) es Constitución, se llame como se llame.

Entonces, Kelsen explica de manera suficiente el fenómeno por el cual la Constitución mexicana quedó ampliada y ahora se integra por el objeto denominado *Constitución Política* y por las normas de fuente internacional protectoras de derechos humanos: sólo el concepto kelseniano de Constitución permite comprender la súbita ampliación del nivel superior o final del orden jurídico mexicano.

Segundo: Todos los tratados internacionales cuya materia no sean los derechos humanos siguen siendo (porque la tesis jurisprudencial de 1998 que así lo ordena no ha perdido su vigencia) inferiores a la Constitución y superiores a las leyes. Éstas serán superiores a los reglamentos y las sentencias y los contratos serán inferiores a todo. Así, la construcción escalonada del orden jurídico mexicano subsiste, y la descripción kelseniana de este fenómeno no parece haber quedado invalidada.

De ahí, como lo afirmara Efrén Romero Palacios, que la construcción de Kelsen no sólo permanece, sino que es necesaria para explicar lo que sucedió entre 2011 y 2013. En una democracia liberal donde existen órganos productores de derecho de tipo colegiado, no es desdeñable el valor del consenso. El derecho se produce por consenso, dice Kelsen en *Esencia y el valor de la democracia*, y no hay nada de malo en ello. ¿No acaso todos, autoridades y particulares,[15] debemos cumplir con la cláusula de interpretación conforme de manera imperativa y no facultativa? El objeto no se limita a normas de derechos humanos.

[15] Con la nueva Ley de Amparo, se prevé la posibilidad de promover el juicio de derechos fundamentales en su contra.

La CIDH no es una autoridad u órgano superior de ningún tribunal nacional. Fue creada esencialmente para intervenir de manera subsidiaria cuando no se logra la eficacia del derecho en el ámbito estatal. ¿Qué pasaría en aquellos casos donde se localicen derechos humanos fuera de tratados internacionales en materia de derechos humanos? El texto constitucional señala en su segundo párrafo lo siguiente: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

Si bien la Constitución es la base que da origen y no la meta que pone fin a los derechos, el párrafo transcrito refiere precisamente a normas. A nivel local podemos observar Constituciones que incrementan la base federal. Sabemos que los derechos humanos no se limitan a los primeros 29 artículos.[16] Entonces no se habla de derechos humanos, sino de normas relativas a esos derechos.

¿Podríamos estimar que las normas incluyen a la propia jurisprudencia obligatoria? ¿Procede el análisis de la convencionalidad frente a una tesis de jurisprudencia que atente contra los derechos humanos? ¿Podría entonces inaplicarse por no resultar convencional, en virtud del principio *pro persona* y el nuevo paradigma de interpretación constitucional y por cualquier tipo de autoridad?

El Pleno de la Corte concluyó que la jurisprudencia 299/2013 no puede ser sometida a un control de convencionalidad por cualquier órgano jurisdiccional de menor jerarquía, porque la propia ley prevé mecanismos cuando se estime que no resulta acorde con el nuevo modelo de control de regularidad constitucional de derechos humanos surgido a partir de la reforma de 10 de junio de 2011.

En términos de los artículos 192 y 217 de la Ley de Amparo abrogada y nueva, respectivamente, la jurisprudencia emitida por la Corte es objeto de interpretación al momento de determinar su aplicación al caso concreto. Uno de los ministros que votaron en contra del criterio mayoritario comparte en su voto particular que:

> Toda limitación a un derecho humano es, primero, excepcional; segundo, se acompaña de una garantía, y tercero, parte de la base de que la prevalencia de un derecho sobre otro es siempre y cuando se garantice una mayor protección a la persona. Es decir, la protección más amplia de los derechos humanos debe ser siempre el criterio imperante para determinar el parámetro de regularidad constitucional conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano.[17]

De lo que se trata es de brindar seguridad jurídica a las partes en juicio de conformidad con la propia Constitución. ¿Cómo es posible que a la jurisprudencia internacional se le dé un tratamiento distinto que a la nacional, cuando ha quedado claro que a la luz del artículo 1o. constitucional se tiene el deber de ponderar todo el

[16] La Corte ya lo estableció en el caso Castañeda y el artículo 123 constitucional.

[17] Ministro Juan N. Silva Meza.

contenido normativo, lo cual abraza a la jurisprudencia de la Corte y al respeto del mayor beneficio de la persona.

Las reglas de la obligatoriedad de la jurisprudencia son claras y, conforme a la Ley de Amparo, deben cumplirse. Sin embargo, lo cierto es que se está limitando el ejercicio de ponderación consagrado en el artículo 1o., sobre todo porque desaparecería la eficacia de la propia Constitución. Con ello resultaría impune el hecho de esconder, so pretexto de la salvaguarda de una interpretación legislativa o acto de autoridad, la violación que pudiese contenerse en una jurisprudencia.

A juicio del ministro Cossío Díaz, quien votó en contra, la Corte desconoce o desprecia claramente tres valores fundamentales: un mandato constitucional expreso, la concepción constitucional de los derechos humanos y la jerarquía y funciones del orden internacional.

Son 44 los puntos que el ministro disidente hace valer en contra de lo resuelto en la sentencia aludida. Van desde el análisis de lo que debemos entender como norma, hasta aspectos meramente humanos sobre la soberbia e infalibilidad de la Corte. No comparto del todo esta posición, dado que la construcción de consensos dentro de un órgano colegiado debe superar las miras estrechas de unos, la formación personal y profesional de otros y hasta lo patriota.[18] De ahí habría que ser un poco generoso con el ministro Zaldívar por obtenerlo en el caso 293.

Aceptemos que todas las interpretaciones son cuestionables a la luz del artículo 1o., por ser razonables y más acordes con el principio *pro persona*, máxime que no pueden ser estimadas como verdaderas o falsas. Destaco dos apartados del voto particular del ministro Cossío:

> En esta línea de pensamiento, no podré entender de dónde se extrae el criterio de intangibilidad de una norma cuya jerarquía formal es inferior aún con respecto a las normas emitidas por el legislador. De este modo, la resolución de la contradicción de tesis 299/2013 —de la que surge este análisis— incurre en una insalvable contradicción entre la tesis de la imposibilidad de inaplicación de la jurisprudencia y lo afirmado en el segundo párrafo de la página 59 de la referida CT 293/2011, que dice lo siguiente: "No debe entenderse el carácter vinculante de los criterios interamericanos en un sentido fuerte, es decir, como un lineamiento que constriña a los jueces internos a resolver aplicando indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, pasando por alto, incluso, los precedentes del Poder Judicial de la Federación. Por el contrario, esta obligatoriedad debe entenderse como una vinculación a los operadores jurídicos internos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el interamericano o el nacional, dependiendo cuál sea el más favorable a las personas. En todo caso, lo importante será que la inaplicación de un criterio jurisprudencial, nacional o interamericano, se justifique atendiendo a la aplicación de otro que resulte más favorecedor a la persona".

Vale la pena recordar que, con relación al control de convencionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto en su jurisprudencia reiterada

[18] La ministra Luna Ramos, durante su intervención, llamó a no traicionar a la patria.

que cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos —incluidos sus jueces— están sometidos a aquél. Ello les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia —como el Ministerio Público—, en todos los niveles, tienen la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última del Pacto de San José de Costa Rica.[19]

Aceptemos que la CIDH no es órgano superior de ningún juez nacional, "los jueces mexicanos se convierten en los primeros jueces interamericanos, los jueces locales se convierten en intérpretes constitucionales y convencionales y esto está generando ya un incipiente diálogo jurisprudencial multinivel, los jueces locales dialogan con la CIDH y con la SCJN, la SCJN dialoga con los jueces locales y con la CIDH… el diálogo, dice el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, es discusión o trato en busca de avenencia, pero también nos dice el diccionario que hay diálogo de besugos, conversación sin coherencia lógica y también nos dice que hay diálogo entre sordos, conversación entre los interlocutores no se prestan atención, el diálogo es una modalidad del discurso oral y escrito en la que se comunican dos o más personas en un intercambio de ideas por cualquier medio, pero el presupuesto del diálogo es el trato de avenencia que se escuchen dos o más interlocutores, si uno no quiere escuchar simple y sencillamente no hay diálogo… si los jueces nacionales no quieren participar de este dialogo, simple y sencillamente no lo va a haber y creo que en el fondo el control de convencionalidad no es otra cosa que el fomento del diálogo, la Corte Interamericana no es órgano superior de ningún órgano nacional.[20]

¿Acaso los jueces nacionales no quieren escuchar o, peor aún, cierran las puertas al diálogo? Mientras la Corte no responda adecuadamente al nuevo paradigma que vivimos a partir de la reforma de 2011, nuestro sistema mantendrá una especie de impunidad e incertidumbre. Si bien nuestra Constitución prevé expresamente el control de convencionalidad, la jurisprudencia de la Corte mexicana lo ha limitado, no obstante que los jueces y autoridades nacionales tienen el deber de hacer cumplir el orden constitucional. Entonces, nos encontramos formando parte de un rompecabezas: por una parte, las autoridades tienen el deber de ejercer el control difuso de la convencionalidad, y por otra el guardián de la Constitución (la SCJN) no acepta que ya lo dejó de ser de manera exclusiva, o mejor dicho, su competencia no da para limitar los alcances que la Constitución tiene desde 2011.

Indirecta o directamente lo que está propiciando la propia SCJN es abrir la puerta a la responsabilidad internacional, dado que si, por una parte, limita el ejercicio del control de convencionalidad, tampoco proporciona una solución al respec-

---

[19] Ejecutoria de la CT 299/2013, p. 58, *canaljudicial.wordpress.com/category/pleno/*.

[20] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control de la convencionalidad", Mérida, Yucatán, México, *https://www.youtube.com/watch?v=DKeoFjXowSw*.

to, máxime que pueden presentarse casos donde la necesidad de hacer una interpretación conforme no pueda ni deba, según la Corte, resolverse por una determinada autoridad, cuando exista jurisprudencia al respecto. No se encuentra sentido.

Si una autoridad no está facultada para realizar la interpretación conforme, ¿puede hacerlo saber al órgano que sí lo deba ejercer? Esto no se ha resuelto y es preocupante, sobre todo en un México donde la apreciación de la inseguridad y la corrupción ha alcanzado su máximo nivel. Entonces la propia Corte está generando un estado de indefensión y una violación frontal no sólo a la Constitución sino a las determinaciones de la CIDH y a los propios tratados en materia de derechos humanos.[21] Estamos transitando en una nacionalización del derecho internacional de los derechos humanos.

¿Será necesario que sea el legislador quien ponga orden en este tema fundamental a través de una nueva reforma? ¿No acaso el poder constituyente a cien años podría darle la exacta dimensión al problema que se avecina o es mejor que once o, en su caso, ocho personas tomen el rumbo de la responsabilidad internacional?

Ante la ausencia de una respuesta constitucional adecuada, el constituyente pondría un freno de mano a este andar a veces tan contradictorio del Poder Judicial y adelantarse a la realidad que nos espera al ser parte de una buena labor legislativa. La respuesta al diálogo en materia de justicia constitucional podríamos encontrarla en la institución democrática verdadera, sin detenerse en la falacia realista de la apreciación ciudadana de la desconfianza y corrupción. El tema se podría resolver creando una configuración institucional que nos permita contar con una mejor combinación entre los presupuestos de una democracia robusta de una democracia verdadera en la cual la pluralidad se tome en serio y tenga carta real de legitimidad de identidad.

La política democrática podría ser el medio para solucionar este conflicto, no para crear otros. La justicia constitucional debería aparecer en el mapa de las decisiones determinantes; sin embargo, observamos que no es así. La política democrática debe ser mucho más exigente con los protagonistas, legisladores y ciudadanía; debe ser una política de equilibrios, de diálogo, deliberación y debate. Si el camino que debemos transitar es ese, me parece que en la justicia constitucional el árbitro judicial debe de ser un actor excepcional que intervenga para que el encuentro siga abierto, y no para cancelarlo.

Pareciera que el sistema democrático constitucional se está desequilibrando, que se vuelve esclerótico. Conmemoramos el valor simbólico y político de la Constitución en el mundo occidental, que inclusive sirvió de inspiración a la alemana de 1919,[22] legitimó el poder, sirvió como receptora de los planes nacionales de desarrollo, flexible pero emblemática.[23] Ahí el protagonismo ha sido tradicionalmente para

[21] Recordemos que el artículo 68.1 de la CADH prevé la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH.

[22] Arrasada por el nazismo, aprovechándose de ella misma para modificarla en su artículo 48, suspenderla y dar pie al nazismo.

[23] *Los derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*.

el ejecutivo, no para las legislaturas. La han aprovechado a través de su vida por el capricho político en turno;[24] esto ha afectado su valor.

Mientras se consolida la democracia, más transformaciones se hacen a la Constitución. Desde 1997, la efervescencia legislativa va en aumento. El periodo actual de la gestión presidencial registra el mayor número de reformas: más de 152 ocasiones, más las que se publiquen hasta que concluya el mandato. La pluralidad política no se ha vuelto un factor que inhiba las reformas constitucionales. Nuestra Constitución, según Fix Fierro, tiene tres veces más palabras que la original; sólo el artículo 28 tiene más palabras que el texto original de 1917. Si vivimos en una democracia constitucional como una forma de organización política y social, ¿por qué no legislar sobre la adopción de un mecanismo para que algunas decisiones, las de mayor importancia, pudieran ser tomadas por los órganos existentes pero con el acompañamiento, asesoría u opinión de los otros poderes? ¿Cuántas veces no vemos que un poder como el Judicial trata de desentrañar lo que quiso decir el legislador, cuando sabemos que el mayor porcentaje de las iniciativas viene del Poder Ejecutivo?

¿Para qué entonces desgastarnos dentro de nuestro marco o sistema jurídico de instituciones y normas o lineamientos si en conjunto podríamos resolver de una mejor manera ese tipo de temas? El constitucionalismo mexicano tiene su propio sello, su auténtica valía: las instituciones propias de la democracia contenidas en nuestra Constitución. Por un lado, las instituciones tradicionales del constitucionalismo liberal; por otro, las tradicionales de la democracia política y un andamiaje que las nivela y conjuga. En consecuencia, el enramado constitucional puede tener un ensamble entre poderes para dar eficacia jurídica a los derechos humanos.

Si contamos con las instituciones necesarias que soportan el modelo constitucional, como los derechos fundamentales, la división de poderes y el control de constitucionalidad de las leyes, entonces podría estudiarse un modelo para simplificar y hacer eficiente, como Estado mexicano, una alianza para evitar lesiones a las personas y al propio Estado.

México tiene varias cosas por hacer. Formalmente, si bien el texto de la Constitución responde al ideal del constitucionalismo democrático,[25] debemos pugnar por materializar los trabajos ya elaborados de sistematizarla y reordenarla. Por otro lado, existe una clara división de los poderes fortificada por una serie de organismos autónomos que han equilibrado poco a poco el poder del Ejecutivo; no obstante, todo lo que tiene que ver con la justicia constitucional, como el juicio de amparo y los sistemas de control de constitucionalidad, integran los elementos del constitucionalismo contemporáneo que a cien años encontramos en nuestra Constitución.

También es cierto que podemos aspirar a otro nivel que responda a la realidad mexicana, a lo cotidiano. Aquí lo que nuestra Constitución dice que deberían ser las reglas de la convivencia con frecuencia no corresponde a lo que desean los millones de mexicanos. Si bien tenemos un poco más avanzado el tema democrático que el

---

[24] No existe un texto que documente la intervención de los estados dentro del proceso de reformas constitucionales, por lo menos hasta ahora.

[25] Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

constitucional, sobre todo en el ámbito federal (a pesar de que a nivel local se debe ser más cauto, por los excesos de poder de los gobernadores), lo cierto es que poco a poco se va hacia un mejor modelo de representación. Por supuesto, cada caso es especial.

El tema central lo ubico en el reconocimiento efectivo de los derechos de los mexicanos a través de un saneamiento de las instituciones que procuran y administran justicia. ¿Cómo es posible que desde los ámbitos del poder se acepte, por ejemplo, que un gobernador controle históricamente a un Congreso y a un Poder Judicial? Además, no puede aceptarse que autoridades como las auditorías superiores de los estados y los presidentes de las Comisiones de Derechos Humanos sean elegidos bajo la autorización del ejecutivo.

Algo debe cambiar. Tal vez algunos podrían depositar esa responsabilidad en la propia sociedad civil; pero, seamos realistas, sin el poder económico y político, los que deben ser cuidados no pueden evitar los excesos del poder. Entonces, la columna vertebral del modelo es deficitaria, porque vivimos en un país donde no pasa nada frente a los abusos del poder, donde la impunidad se da en todos los niveles y casi sin excepción; porque vivimos, por decirlo de alguna manera, en varios Méxicos: el de los pobres e inseguros y el de los poderosos y controladores.

La realidad está muy lejos de reflejar las promesas que por escrito celebramos. Las tareas son muchas. Unos podrían opinar que están a cargo de la sociedad para que participe y exija sus derechos, pero no podemos aceptar o dejar pasar por alto que la encomienda de las autoridades en su mayoría es retardar, obstaculizar e inclusive violentar la participación ciudadana. Otros podríamos decir que si bien la Constitución soporta a la administración pública y a los otros poderes, éstos deberían estar mucho más comprometidos con la agenda del respeto a los derechos, a la fuente de su legitimidad y la razón de su existencia.

Si se orientan las políticas públicas a ofrecer garantías efectivas a los derechos fundamentales y se estructura una verdadera y eficaz política anticorrupción y contra la impunidad, la sociedad iniciaría un proceso de confianza, de tranquilidad y bienestar.

A cien años de celebración de nuestra carta magna, el diseño institucional se ha materializado en ser juez y parte, en abusar del poder y en ubicar a mexicanos, que, bajo la seguridad de que su actuación no pasará por el tamiz de la rendición de cuentas, siguen haciendo, salvo excepciones no documentadas, lo que quieren, con quien desean y logrando su impunidad gracias a nuestra propias instituciones.

En la encuesta "Confianza en Instituciones 2015",[26] sobre la apreciación de los mexicanos respecto a las instituciones, se obtuvo en una escala sobre 10:

- Universidades (7.3).
- La SCJN (6.3).
- Ejército (7.0).
- Presidencia (5.7).

[26] Consulta Mitofsky, *México: confianza en instituciones 2015*, *http://consulta.mx/index.php/estudios-e-investigaciones/mexico-opina/item/575-confianza-en-instituciones*.

- Sindicatos (5.4).
- Senadores (5.3) empatados con los policías (5.3).
- Diputados (5.2).
- Partidos políticos (4.9).

Partiendo de ello, ¿cuál es el futuro si hoy celebramos un siglo de lo armonizado en el teatro de la Revolución en Querétaro? Galdós,[27] al referirse a la España de 1912, como el tango "Volver", afirma: "vista desde nuestro presente se transformó en profecía, abriendo irremediablemente una pregunta que sólo un pueblo hecho rebaño puede ignorar".[28] Se equivocaba, desde luego; aplicándola analógicamente a nuestro país, calculó a la baja: el panorama de 1917 a 2017 sigue siendo lamentablemente el nuestro.

[27] "Los dos partidos que se han concordado para turnarse pacíficamente en el poder, son dos manadas de hombres que no aspiran más que a pastar en el presupuesto. Carecen de ideales, ningún fin elevado los mueve; no mejorarán en lo más mínimo las condiciones de vida de esta infeliz raza, pobrísima y analfabeta.

Pasarán unos tras otros dejando todo como hoy se halla, y llevarán a España a un Estado de consunción que, de fijo, ha de acabar en muerte. No acometerán ni el problema religioso, ni el económico, ni el educativo; no harán más que burocracia pura, caciquismo, estéril trabajo de recomendaciones, favores a los amigotes, legislar sin ninguna eficacia práctica, y adelante con los farolitos… Han de pasar años, tal vez lustros, antes de que este régimen, atacado de tuberculosis ética, sea sustituido por otro que traiga nueva sangre y nuevos focos de lumbre mental. Tendremos que esperar como mínimo 100 años más para que en este tiempo, si hay mucha suerte, nazcan personas más sabias y menos chorizos de los que tenemos actualmente". Pérez Galdós, Benito, *La fe nacional y otros escritos sobre España*, España, Rey Lear, 2013.

[28] Subverso, "'Cien años son nada' con letra de Galdós, en la voz de Gardel", *http://www.subverso.es/?p=3029*.

LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS. UNA PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO Y DESDE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Eduardo FERRER MAC-GREGOR*
Alfonso HERRERA GARCÍA**

SUMARIO: I. *La suspensión de derechos y garantías en el constitucionalismo comparado latinoamericano*. II. *La suspensión de derechos y garantías en el sistema interamericano de derechos humanos*. III. *Consideraciones conclusivas*. IV. *Bibliografía*.

I. LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO LATINOAMERICANO

Las Constituciones liberales de América Latina que se abrieron paso desde finales del siglo XIX enseñan distintas regulaciones de "suspensión de derechos", a consecuencia de una declaración de excepción o de emergencia.[1] En principio, estos regímenes tienen por finalidad habilitar mecanismos que permitan la salvaguarda efectiva del propio Estado democrático de derecho.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

** Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Profesor de la maestría en derecho procesal constitucional de la Universidad Panamericana, y de la maestría en derecho constitucional de la Escuela Libre de Derecho.

[1] Fix-Zamudio, Héctor, "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, pp. 806-811; Negretto, Gabriel L., y Aguilar Rivera, José Antonio, "Liberalism and Emergency Powers in Latin America: Reflections on Carl Schmitt and the Theory of Constitutional Dictatorship", *Cardozo Law Review*, vol. 21, núms. 5-6, 2000, pp. 1797 y ss.; Zovatto G., Daniel, *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Caracas, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1990, especialmente, pp. 45 y ss.

Sin embargo, desde una perspectiva histórica, la región ha visto con frecuencia como el propósito del estado de excepción fue tergiversado por gobiernos de carácter autoritario. En lugar de utilizarse como medio de defensa del Estado democrático terminaba por socavarlo, en detrimento de los derechos humanos de la población y, en general, en perjuicio del propio orden constitucional. Este uso indebido del estado de excepción ha enmascarado trágicos golpes de Estado y propiciado dictaduras, muchas de ellas militares, en varios países del hemisferio. La doctrina ha documentado con detalle este fenómeno de la realidad política latinoamericana.[2]

En tiempos recientes, una paulatina evolución democrática de control de las declaraciones o medidas de excepción, ha posibilitado el desarrollo de instrumentos para la revisión por los tribunales de tales medidas, las cuales, hasta hace no mucho tiempo, eran consideradas como cuestiones políticas no justiciables.[3] Sin duda, una etapa culminante de esta tendencia es el control de convencionalidad que sobre estas problemáticas ha efectuado la Corte Interamericana, a propósito de la "suspensión de garantías" prevista en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con todo, no obstante su creciente aproximación a los estándares internacionales e interamericanos, las regulaciones que ofrecen las Constituciones latinoamericanas distan de ser uniformes en la materia. Los ordenamientos constitucionales latinoamericanos lógicamente difieren en las condiciones que debe colmar la procedencia de una declaración de excepción, empezando por su denominación, los motivos en los cuales se justifica, las autoridades autorizadas para emitirla y aplicarla, los derechos susceptibles de suspensión, los límites de las medidas adoptadas, o los efectos y temporalidad de las propias medidas. También es variable la posibilidad y, en su caso, las características de un eventual control judicial de constitucionalidad de estas medidas.[4]

A efecto de evidenciar las diferencias que en el plano terminológico se presentan, al configurar normativamente estas situaciones, se tiene, por ejemplo, el empleo

---

[2] Para estudios de derecho comparado, véase: Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, especialmente pp. 47 y ss.; García Belaunde, Domingo, "Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas", en *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, t. I, Lima, Editorial y Distribuidora de Libros, 1987, pp. 353-388. La literatura jurídica latinoamericana sobre el tema no ha dejado de ser prolija. Como ejemplos de análisis referidos a particulares sistemas constitucionales de excepción, pueden citarse: Ríos Álvarez, Lautaro, "Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción", *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009, pp. 277-296; Flores Dapkevicius, Rubén, "Los poderes de emergencia en Uruguay", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 19, julio-diciembre, 2008, pp. 89-106; Parra Dussán, Carlos, y Palacios Sanabria, María Teresa, "Los estados de excepción y el control judicial de la Corte Constitucional", en varios autores, *Teoría constitucional. Liber Amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, pp. 349-398.

[3] Fix-Zamudio, Héctor, "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", *cit*. p. 807.

[4] Nohlen, Dieter, "Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, enero-junio, 2008, p. 132; Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, "El juez constitucional y sus márgenes de acción durante la vigencia de un estado de excepción", en varios autores, *Derecho constitucional para el siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 2, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 4237 y ss.

de las expresiones "estado de sitio" en Argentina (artículo 23), Brasil (artículo 137) y Honduras (artículo 188); "estado de excepción" en Bolivia (artículo 137), Colombia (artículo 214), Ecuador (artículo 164), Paraguay (artículo 288), Perú (si bien aquí puede ser de dos clases: "estado de emergencia" o "estado de sitio", de acuerdo con el artículo 137), Venezuela (en donde se clasifica en "estado de alarma", "estado de emergencia económica" y "estado de conmoción", de conformidad con el artículo 338); "situación de excepción" en Chile (artículo 39); "estado de defensa" en Brasil (artículo 136); "estado de conmoción" en Colombia (artículo 213), que se diferencia de lo que ahí mismo se conoce como "estado de emergencia" (artículo 215), y sus análogas expresiones inglesas "state of emergency" o "public emergency" en Barbados (artículo 25), Dominica (artículo 17), Grenada (artículo 17), Jamaica (artículo 26), Surinam (artículo 23) o Trinidad y Tobago (artículo 8). Asimismo, se emplean las expresiones "estado de urgencia" en Panamá (artículo 55); o "medidas prontas de seguridad" en Uruguay (artículo 168), que más bien apunta a las determinaciones que se producen como consecuencia de la anormalidad constitucional, y no a la situación de riesgo en sí misma.

Esta diversidad terminológica y conceptual también se pone en evidencia con la Constitución de República Dominicana, de enero de 2010 (artículos 262-266), que prevé como "estados de excepción" tres categorías: i) "estado de defensa" (agresiones de armadas externas); ii) "estado de conmoción interior" (grave perturbación del orden público); y iii) "estado de emergencia" (hechos diferentes a los dos anteriores, que amenacen o perturben de manera grave el orden económico, social, medioambiental, o que constituyan calamidad pública).

En cuanto a la materia de la suspensión (aunque algunas Constituciones, como la mexicana, se refieren también a la "restricción"), se hace alusión, por ejemplo, a "garantías constitucionales" en Argentina (artículo 23), Brasil (artículo 138), o El Salvador (artículos 29-31); sencillamente a "derechos" en Ecuador (artículo 164), Guatemala (artículo 138), Paraguay (artículo 288), Perú (artículo 137), República Dominicana (artículos 263 y 266); o bien, al mismo tiempo a "derechos y garantías" en Bolivia (artículo 137), Chile (artículo 39), Costa Rica (artículo 121), Honduras (artículo 187), México (artículo 29), Nicaragua (artículo 150), y Venezuela (artículo 337).

Sin perjuicio de la influencia que sobre varias de estas Constituciones latinoamericanas ha tenido el sistema interamericano de derechos humanos, no debe pasarse por alto que, en los últimos años, éstas también se han inspirado en los esquemas del derecho internacional general y del derecho internacional de los derechos humanos en particular. Las normas internacionales han tenido una importante repercusión, especialmente en el perfeccionamiento de la situación normativa interna de los derechos fundamentales en las situaciones de emergencia. Ello ha sido posible en la medida en que los gobiernos de la región han ratificado y aprobado importantes instrumentos de los que derivan un conjunto de principios básicos en este ámbito, que son, por tanto, obligatoriamente observables por las normas de derecho interno,[5] entre los que destacan la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (cuya

[5] Meléndez, Florentín, "Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos" [tesis doctoral], Madrid, Universidad Complutense, 1997, en

jurisdicción ha sido reconocida por la mayoría de los países latinoamericanos),[6] los convenios de Ginebra sobre derecho internacional humanitario,[7] así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por poner sólo algunos significativos ejemplos.

Dada la extraordinaria importancia que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial, ha tenido sobre el constitucionalismo latinoamericano, nos ocuparemos de analizar con cierto detalle los estándares normativos y jurisprudenciales que, respecto a la institución en análisis, rigen en el sistema interamericano.

II. La suspensión de derechos y garantías en el sistema interamericano de derechos humanos

En el marco del sistema regional de los derechos humanos, la Corte Interamericana, al interpretar las instituciones del estado de excepción y la suspensión de garantías a que puede dar lugar, consciente del contexto histórico-político en que le corresponde ejercer sus competencias, no ha evitado reflexionar sobre las patológicas experiencias de los países de la región. Dada la trascendencia de sus consideraciones, es pertinente destacar un pasaje muy representativo de su doctrina en este tema:

> La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos. Por ello, la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del "ejercicio efectivo de la democracia representativa" a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que

especial, pp. 98-119; Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, especialmente, pp. 25-45.

[6] Cançado Trindade, Antônio Augusto, en varios autores, "Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", *Estudios básicos de derechos humanos*, t. VI, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Ministerio Real de Relaciones Exteriores de Noruega, 1996, especialmente, pp. 22 y ss.

[7] Plattner, Denise, "International Humanitarian Law and Inalienable or Non-Derogable Human Rights", en Prémont, Daniel *et al.* (eds.), *Droits intangibles et Etats d'exception*, Bruselas, Bruylant, 1996, pp. 349-363; Herczegh, Géza, "Estado de excepción y derecho humanitario. Sobre el artículo 75 del Protocolo adicional I", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 9, núm. 65, octubre, 1984, pp. 276-287.

dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona.[8]

Más allá de los abusos en que riesgosamente pudiera incurrirse, como lo sostiene la Corte Interamericana, la suspensión de garantías es un instrumento cuya previsión es necesaria bajo determinados extremos lícitos para afrontar, con posibilidades de éxito, la propia supervivencia de la sociedad democrática. Es exclusivamente en este sentido que casi todas las Constituciones latinoamericanas contemporáneas prevén los lineamientos y el procedimiento a seguir para decretar un estado de excepción, de manera que pueda hacerse frente rápida y eficazmente a la situación. Así, el estado de excepción cobra su sentido esencial: erigirse en garantía de la Constitución frente a eventuales situaciones de crisis.[9]

1. *Precisiones conceptuales*

El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, intitulado "suspensión de garantías", establece que, en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia, el Estado parte podrá adoptar disposiciones que "suspendan las obligaciones contraídas" en virtud de la Convención. También dispone que no se autoriza la "suspensión de los derechos" establecidos en los artículos que ahí se expresan. Por último, alude al "derecho de suspensión" del cual puede hacer uso un Estado parte.[10]

Como se puede observar, la Convención Americana introduce al menos cuatro nociones diferentes de suspensión: *a)* suspensión "de garantías"; *b)* suspensión "de las obligaciones contraídas"; *c)* "suspensión de derechos"; y *d)* derecho de "suspensión". Por tanto, la primera cuestión importante a dilucidar en este tema es el con-

---

[8] Corte IDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8, párrafo 20.

[9] Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 19-23.

[10] Su texto íntegro es el siguiente: "Artículo 27. *Suspensión de garantías*. // *1.* En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. // *2.* La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. // *3.* Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".

cepto mismo de la *suspensión* que la Convención hace suyo, y que es, por tanto, el aplicable a la luz del sistema interamericano de derechos humanos.

No obstante la heterogénea fraseología que emplea el artículo 27, la precisión conceptual al respecto se ha venido construyendo mediante la labor interpretativa de la Corte Interamericana. Así, sus pronunciamientos en este tema son ineludible punto de partida para comprender los alcances de la suspensión en el sistema.[11]

En primer lugar, la expresión "suspensión de garantías" implica en realidad la posibilidad de suspender, momentáneamente, el *goce y ejercicio efectivo* de algunos de los derechos y libertades consagrados en la Convención. Como se encuentra mayormente aceptado por la doctrina contemporánea, los derechos y libertades son, por un lado, instituciones sustantivas cuya aplicación efectiva puede conseguirse a través de sus respectivas garantías; por otro lado, las "garantías" son instituciones de tipo adjetivo establecidas para cumplir este propósito.[12] Las garantías, como sostiene la Corte Interamericana, "… sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho".[13]

En consecuencia, la Convención no trata de la suspensión de "garantías" propiamente dichas sino de la suspensión temporal del pleno y efectivo ejercicio de ciertos derechos y libertades.[14]

Las "garantías judiciales" son un supuesto autónomo y específico de derechos humanos no susceptibles de suspensión (artículo 27.2 *in fine*). Ésta es la más correcta utilización dogmática del concepto "garantías". La Convención también se refiere expresamente a las "garantías judiciales" en su artículo 8o., lo cual tampoco debe inducir a confusión,[15] pues, en opinión de la Corte Interamericana, este artículo "no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que

[11] Sin perjuicio del acceso electrónico facilitado por la página web de la Corte Interamericana [*http://www.corteidh.or.cr/*], resulta de gran utilidad la sistematización y los extractos de su jurisprudencia, en García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5 vols., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006-2008.

[12] Acerca de estas precisiones conceptuales, véase Fernández Segado, Francisco, "Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales", *Revista de Derecho Político*, núms. 18-19, 1983, pp. 36-37; García Belaunde, Domingo, "Suspensión de garantías ¿o de derechos? (Un debate en torno al régimen de excepción peruano)", en varios autores, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, t. I, Derecho constitucional, México, UNAM, 1988, en especial: pp. 275-277.

[13] Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 25.

[14] Así lo entiende la propia Corte Interamericana. En su misma Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 18, expresa lo siguiente: "Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una 'suspensión de garantías' en sentido absoluto, ni de la 'suspensión de los derechos' ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su *pleno y efectivo ejercicio*" (cursivas nuestras).

[15] El texto relevante de este artículo es el siguiente: Artículo 8.1. "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención".[16]

En segundo lugar, la Convención posibilita literalmente una "suspensión de las obligaciones contraídas" por un Estado parte en virtud de la misma (artículo 27.1). En efecto, la suspensión de la plenitud y ejercicio de los derechos comporta la inevitable suspensión correlativa de las obligaciones que el Estado parte ha asumido al haber suscrito y aprobado este instrumento internacional. Lo que pone de relieve esta expresión es la autorización de paralizar el deber estatal de salvaguardar los derechos, que es el modo simplemente correlativo de decir que estamos ante la suspensión del goce y ejercicio de derechos y libertades, siempre bajo las precisas condiciones establecidas por las normas convencionales.

En tercer lugar, la Convención también hace alusión a la "suspensión de derechos" (artículo 27.2). Esta expresión no cabe entenderla en su literalidad sino únicamente como una excepcional suspensión de su goce y ejercicio. Se trata de una suerte de "desconvencionalización" delimitada en el tiempo y en la forma, de aquéllos derechos susceptibles de suspensión. Los derechos humanos suspendibles nunca dejan de ser reconocidos por la Convención sino que ésta solamente autoriza una transitoria parálisis de la plenitud de su vigencia. En otras palabras, los derechos suspendibles no desaparecen, sino que sólo quedan expuestos a intervenciones concretas del Estado, que por virtud de la excepción, queda habilitado para inobservar momentáneamente las obligaciones que frente a ellos ha contraído, de acuerdo con los términos de la Convención.[17]

El mismo concepto de la "suspensión de derechos" requiere de precisión doctrinal con respecto a otras instituciones con las que puede confundirse, como la "restricción" o la "limitación" de los derechos.[18] La Corte Interamericana ha distinguido estos conceptos. El artículo 27 permite medidas suspensivas que únicamente pueden actualizarse bajo circunstancias excepcionales. Pero en condiciones de normalidad en ningún momento cabe medida suspensiva alguna, sino solamente medidas de *restricción* al goce y ejercicio de los derechos.[19] Las limitaciones y restricciones de los derechos y libertades están previstas en sus artículos 29 y 30, así como en los

---

[16] Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A, núm. 9, párrafo 27.

[17] Un análisis en esta dirección, aunque referido al sistema constitucional español, se encuentra en: Quadra-Salcedo Fdez. del Castillo, Tomás de la, "La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, Madrid, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, 1983, en especial, pp. 471-472.

[18] Para diversas explicaciones en torno a esas diferencias, véanse: Zovatto G., Daniel, *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, *cit.* pp. 67-74; González Campaña, Germán, "Suspensión de derechos y garantías en estados de emergencia", en varios autores, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, p. VII-1; García Ramírez, Sergio, y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa-UNAM, 2012, pp. 153-154; Medina Mora, Alejandra *et al.*, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015, pp. 60-69.

[19] Corte IDH, *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A, núm. 6, párrafo 14.

preceptos que en particular consagran los derechos humanos en la Convención, que contienen previsiones específicas al respecto.[20]

En cuarto lugar, la Convención alude al "derecho de suspensión" de los Estados parte (artículo 27.3). En realidad, a partir de las relaciones jurídicas que dimanan del artículo 27, técnicamente, no puede considerarse que los Estados ostenten un genuino "derecho", sino que les es concedida una autorización, o, todo lo más, una potestad reglada con base en la cual pueden emitir medidas excepcionales. Los Estados partes no dejan de ser sujetos pasivos de la relación jurídica que entraña la suspensión a que se refiere el artículo 27; suspensión por virtud de la cual quienes ostentan la titularidad de los derechos son los individuos. Por consecuencia, desde un punto de vista técnico, a los Estados no les asiste un verdadero derecho sino una potestad para suspender las obligaciones contraídas por virtud de la Convención.

Pese a la diversidad terminológica que, en general, emplea la Convención y, en específico, el mismo artículo 27, la Corte Interamericana emplea generalmente la expresión "suspensión de garantías" para referirse al contenido normativo de este precepto,[21] sin perjuicio de las diversas aclaraciones conceptuales que ha explicitado en su propia jurisprudencia.[22]

2. *Presupuestos de la suspensión*

El artículo 27.1 de la Convención prevé que, en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste puede adoptar disposiciones que suspendan sus obligaciones contraídas en virtud de la Convención, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación. Las disposiciones que se adopten no pueden ser incompatibles con

[20] Estos artículos disponen lo siguiente: "Artículo 29. *Normas de interpretación*: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: *a)* permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; *b)* limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; *c)* excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y *d)* excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. // Artículo 30. *Alcance de las restricciones*. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

[21] Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 18 *in fine*.

[22] Montiel Argüello, Alejandro, "La suspensión de las garantías de los derechos humanos", *Revista Judicial*, núm. 51, San José, Corte Suprema de Justicia, septiembre de 1990, p. 100. Hemos efectuado un análisis de la jurisprudencia interamericana en materia de suspensión de derechos y garantías en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, "La suspensión de garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons-UNAM, 2016, pp. 997-1020; véase Rodríguez, Gabriela, "Artículo 27: Suspensión de garantías", *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* [Christian Steiner y Patricia Uribe, coords.], México / Bogotá, SCJN-Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 678-686.

las demás obligaciones que les impone el derecho internacional, y no deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

El artículo 27 no regula un estado general de las cosas, sino que se dirige a disciplinar un escenario verdaderamente excepcional. Esta excepcionalidad está marcada por las situaciones de "guerra", "peligro público" u "otra emergencia" que además constituyan una amenaza a la independencia y seguridad de un Estado parte de la Convención. Sin embargo, debe dejarse en claro que, frente a estos supuestos excepcionales, la Convención mantiene su plena vigencia.[23] Lo único que el artículo 27.1 significa es que, actualizándose alguna de las tres situaciones en él mencionadas, es procedente el lícito desencadenamiento de sus extremos normativos. Por tanto, en esta materia rige un principio general de respeto y garantía de los derechos de la Convención, la cual asegura un conjunto inderogable de ellos, mientras que en algunos otros justifica su suspensión en circunstancias muy especiales.

Que las situaciones de "guerra", "peligro público", u "otra emergencia" constitutiva de una amenaza a su independencia y seguridad, sean los únicos extremos en que un Estado parte puede adoptar medidas suspensivas de derechos, en principio implica que ninguna disposición de derecho interno podría justificar la ampliación irrazonable de estos escenarios. Esta consideración es importante en la medida en que la calificación de la situación de emergencia corresponde, en un principio, a los propios Estados partes. Para proceder con licitud, los Estados deben observar las exigencias de las normas convencionales. Eventualmente, esa calificación puede ser objeto de revisión por los tribunales internos (según cada derecho nacional), y puede eventualmente ser susceptible de control subsidiario por los órganos del sistema interamericano.

En comparación con la disposición análoga del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 15.1), el artículo 27.1 de la Convención Americana se presenta como menos restrictivo, al menos desde un punto de vista literal. El Convenio Europeo dispone como necesarios presupuestos de la "derogación" de las obligaciones previstas en él, solamente el "caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación".[24] En realidad, como sostiene Gros Espiell, la diferencia entre estas disposiciones se reduce a su texto, pues una interpretación lata de la norma europea puede llegar a la misma conclusión que una interpretación limitada de la norma americana: todo dependerá de la situación, del momento político e institucional y de la sensibilidad frente al caso concreto que muestre el tribunal intérprete.[25] Por lo demás, la literalidad de la norma americana resulta más protectiva y más precisa

[23] Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Sentencia de 23 de noviembre de 2004 (Excepciones Preliminares), Serie C, núm. 118, párrafo 114.

[24] Para una crítica del término "derogación" que en su versión oficial castellana emplea el Convenio Europeo de Derechos Humanos, véase: Fernández Sánchez, Pablo Antonio, "La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (artículo 15, CEDH)", en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 765 y ss.

[25] Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 125.

que la europea pues expresamente impone la obligatoriedad de especificar la limitación temporal de las medidas y (a semejanza del artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) prohíbe que las mismas entrañen discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, condiciones que no explicita la norma europea. Esto en ningún momento significa que a partir de una conveniente interpretación sistemática del Convenio europeo no puedan obtenerse los mismos resultados protectivos que la Convención Americana opta por dejar explícitos.

Asimismo, al igual que su homólogo europeo, el artículo 27.1 de la Convención Americana establece que las medidas que por la emergencia pueden adoptarse no pueden ir en contra de las obligaciones contraídas por virtud del derecho internacional. Los Estados partes deben ser muy escrupulosos a la hora de dictarlas, por ejemplo, de cara al respeto del derecho internacional humanitario. Por virtud de normas de derecho humanitario, en caso de conflictos armados internacionales o internos, resultan insuspendibles ciertos derechos de los integrantes de las fuerzas armadas, prisioneros de guerra o de la población civil.[26]

3. *Límites y control de la potestad suspensoria: los derechos humanos insuspendibles*

A. *Límites genéricos a la suspensión*

El artículo 27.1 de la Convención dispone una serie de limitaciones a la capacidad de los Estados para suspender el ejercicio de ciertos derechos de la Convención. Los requisitos y condiciones previstos en este artículo son, en sí mismos, los primeros límites a la actuación de los Estados partes en situaciones de emergencia. A partir de ahí, la Corte Interamericana ha construido un abanico más o menos amplio de límites a la actuación estatal.

La Corte ha sostenido que las disposiciones convencionales que rigen la suspensión deben interpretarse a partir del principio de que ningún derecho de la Convención puede ser suspendido, excepto cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos y condiciones que exige el artículo 27.1. Ahora bien, pese a que lleguen a cumplirse perfectamente los requisitos y condiciones del artículo 27.1, varios derechos no admiten nunca suspensión bajo circunstancia alguna, por más grave que pueda revelarse la situación de emergencia.[27] Se trata de derechos "insuspendibles",

[26] Ramelli Arteaga, Alejandro, "El derecho internacional humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009, pp. 65-66. En general, para una tesis favorable a una aplicación más decisiva del derecho internacional humanitario por parte de la Corte Interamericana, véase Martin, Fanny, "Application du Droit International Humanitaire par la Cour Interaméricaine des Droits de L'homme", *International Review of the Red Cross*, vol. 83, núm. 844, diciembre de 2001, pp. 1037-1065.

[27] Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 21.

derechos que forman parte de un "núcleo inderogable" de los derechos humanos que consagra el sistema interamericano.[28]

El artículo 27.2 no autoriza la suspensión de los derechos contenidos en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), así como las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Así, la Convención Americana supera en amplitud de derechos expresamente insuspendibles a las proclamaciones análogas tanto del artículo 4.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, como del 15.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Tomando como referencia el Convenio Europeo, en el listado americano de derechos pueden distinguirse dos clases de derechos: derechos insuspendibles que no están reconocidos como tales en el sistema europeo, y derechos insuspendibles que no están siquiera expresamente establecidos como derechos en el sistema europeo. Dentro de los primeros se encuentran la libertad de conciencia y religión, y los derechos políticos: éstos son insuspendibles bajo la Convención Americana pero no en la europea, pese a estar consagrados en ella. Dentro del segundo grupo se encuentran el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la protección de la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño y el derecho a la nacionalidad, que, *per se*, no están reconocidos formalmente como derechos en el Convenio Europeo.

La Convención Americana supera igualmente la textualidad del Convenio Europeo al disponer que tampoco pueden suspenderse los instrumentos procesales indispensables para la tutela de los derechos sustantivos insuspendibles. Ello se traduce en que no puede obstaculizarse la actuación de los tribunales para hacer valer dichos instrumentos procesales, incluso bajo estados de excepción.

Ahora bien, que el conjunto de los derechos sea más amplio en el texto de la Convención Americana no necesariamente se traduce en un mayor proteccionismo, sino que simplemente refleja distintas concepciones de los derechos insuspendibles. Para Gros Espiell, por ejemplo, la enumeración extensa de derechos en la Convención Americana puede provocar la tendencia a vulnerarlo, aunque tampoco la fórmula restringida del Convenio Europeo resulte la ideal.[29]

---

[28] Así es considerado, por ejemplo, el derecho a la vida (artículo 4o.), que es uno de los expresamente mencionados en el artículo 27.2. *Cfr*. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 140, párrafo 119; *Caso Baldeón García vs. Perú*, Sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 147, párrafo 82; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 150, párrafo 63; *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 166, párrafo 78.

[29] Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, *cit*., p. 128.

En efecto, si bien es apreciable la generosidad de la Convención Americana, quizá ampliándose de este modo las posibilidades de su incumplimiento, también lo es que su fórmula responde a las circunstancias de la particular historia política latinoamericana y se encuentra en la línea del principio de progresividad de los derechos. En este sentido, con su amplitud, la Convención Americana busca la expansión de la tutela, esto es, mejorar y fortalecer el grado de protección de los derechos, y, en ningún momento, debilitarlo.[30]

El artículo 27 no agota el cúmulo de límites infranqueables a la suspensión de garantías. La Corte Interamericana se ha hecho cargo de avanzar los extremos de tales límites en vía jurisprudencial, sobre todo, a través de opiniones consultivas.[31] En su Opinión Consultiva OC-3/1983 [*Restricciones a la pena de muerte*] introdujo un medular criterio en torno a las reservas que los Estados partes pueden formular a la Convención Americana, cuando tales reservas pretendan referirse a derechos consagrados como insuspendibles por el artículo 27. En esa opinión consultiva, la Corte interpreta el artículo 27 en relación con el 75 de la Convención, que regula el objeto de las reservas. La Corte certifica que el artículo 75 tiene sentido si se entiende como una autorización expresa a los Estados para formular cualesquiera reservas que estime por conveniente. Pero no puede soslayarse que dichas reservas tienen un límite insuperable: nunca pueden ser incompatibles con el objeto y fin del tratado.[32]

Por ejemplo, el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4o., es uno de los derechos básicos frente al cual la suspensión de las obligaciones contraídas por el Estado parte no es permisible. Pues bien, "toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta".[33] Si la reserva que se formule solamente restringiera algunos aspectos de un derecho no derogable, sin privarlo de su propósito básico, se evitaría su incompatibilidad con la Convención.

Resulta de interés traer a colación la posición de la Corte respecto a la prácticamente nula implicación que tiene la suspensión de garantías para la vigencia del Estado de derecho. Frente a la excepcionalidad de las medidas restrictivas de derechos y libertades en *tiempos de emergencia*, se encuentran los *tiempos de normalidad* en los cuales tales medidas están prohibidas, o se hallan sometidas a un escrutinio jurisdiccional más riguroso. Por ejemplo, como sucedió en el caso *Castillo Páez vs. Perú*, cuando el Estado no justifica la detención de la víctima por agentes policiales sin intervención judicial y sin que tampoco estuviese vigente un estado de emergen-

---

[30] Para una idea similar, véase Cançado Trindade, Antônio Augusto, "Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", *cit.*, p. 21.

[31] Zovatto G., Daniel, "La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista IIDH*, núm. 7, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, enero-junio de 1988, pp. 43-65.

[32] Corte IDH, *Restricciones a la Pena de Muerte* (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, Serie A, núm. 3, especialmente, párrafos 60-62.

[33] Opinión Consultiva OC-3/83, *cit.*, párrafo 61.

cia, sino condiciones de normalidad, procede declarar la violación del derecho a la libertad personal.[34]

La suspensión de garantías en ningún momento significa la suspensión del Estado de derecho o una autorización al gobierno para apartarse del principio de legalidad.[35] Es cierto que bajo la vigencia de las medidas suspensorias los límites a la actuación del poder público son distintos de los vigentes en condiciones *normales*, pero eso no significa que puedan considerarse inexistentes. El gobierno no está investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que está autorizada la situación de la "legalidad excepcional de emergencia".[36] La suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario, por lo cual resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde los límites que deben estar precisamente indicados en las disposiciones que decretan el estado de excepción.[37]

Por otro lado, debe recordarse que más allá de los derechos enumerados en el artículo 27.2, otros instrumentos interamericanos confirman la inderogabilidad de ciertos derechos bajo las circunstancias de guerra, excepción, emergencia o de sitio. Así, por ejemplo, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte reitera en su preámbulo que el derecho a la vida no puede ser suspendido por ninguna causa. El artículo 5o. de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone que el estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política o calamidades públicas, bajo ninguna circunstancia justifican el delito de tortura. Por su parte, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que los Estados partes se comprometen a "no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales" (artículo I-a). También establece que en ningún caso pueden invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, para justificar la desaparición forzada de personas. En estos casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces permanece como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud, o bien para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o que la hizo efectiva (artículo X.1).

---

[34] Corte IDH, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (Fondo), Serie C, núm. 34, párrafo 56.

[35] Para un estudio en el que se desarrolla este punto de vista, véase Zwitter, Andrej, "The Rule of Law in Times of Crisis. A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Franz Steiner Verlag, vol. 98, núm. 1, enero de 2012, pp. 95-111.

[36] Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafos 24, 39 y 40; y Opinión Consultiva OC 9/87, *cit.*, párrafos 35-37.

[37] Véanse: Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 38; Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafo 36; Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 52, párrafo 109.

B. *Límites a la potestad suspensoria de los Estados partes en materia de "garantías judiciales indispensables"*

a. El *habeas corpus* como garantía judicial indispensable e insuspendible

La Convención Americana es el primer instrumento del derecho internacional de los derechos humanos que prohíbe expresamente la suspensión de "garantías judiciales indispensables" en cuanto derechos que sirven de vehículos de protección a otros derechos que, a la vez, tampoco pueden ser suspendidos.[38] Estas "garantías" son autónomos derechos humanos consagrados como inderogables por la Convención.[39] Para la jurisprudencia interamericana, principalmente generada mediante opiniones consultivas,[40] las "garantías judiciales indispensables" han cobrado un especial interés en materia de suspensión.

La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en las importantes opiniones consultivas OC-8/87 [*El habeas corpus bajo suspensión de garantías*], solicitada por la Comisión Interamericana, y la OC-9/87 [*Garantías judiciales en estados de emergencia*], solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay.

En la Opinión Consultiva OC-8/87, el interrogante principal que se formulaba era el siguiente: ¿el recurso de *habeas corpus* cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención, es susceptible de suspensión? La cuestión que se sometía a la consideración de la Corte estaba justificada en la medida en que la última parte del artículo 27, por un lado, es muy abierta al disponer que no pueden suspenderse "las garantías judiciales indispensables para la protección" de los derechos enumerados en ese mismo precepto. Por otro lado, en este punto también resulta omisa al no determinar explícitamente si los artículos 7.6 y 25.1, fundamento del *habeas corpus*, resultan ser parte de un derecho no suspendible.

Interesa destacar los siguientes tres argumentos de la Corte Interamericana. En primer lugar, como lo dispone el artículo 1.1 de la Convención, los Estados partes están comprometidos "a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción …". La Corte debe velar no sólo porque los Estados partes respeten los derechos y libertades de la Convención sino también sus garantías, esto es, los medios idóneos para que los primeros sean efectivos en toda circunstancia.[41]

En segundo lugar, el concepto de derechos y libertades inherentes a la persona y el de sus garantías, es inseparable del sistema de valores y principios que inspira

---

[38] Así lo destaca la propia Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 36 *in fine*.

[39] Onaindía, José Miguel, "La suspensión de garantías judiciales según la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, núm. 33, 1991, pp. 427-436.

[40] En general, sobre la competencia consultiva de la Corte Interamericana, véase Ventura Robles, Manuel E., y Zovatto, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios 1982-1987*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 27 y ss.

[41] Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 25.

dicho concepto. En una sociedad democrática tales derechos y libertades, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una *tríada*, "cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros".[42]

En tercer lugar, el *habeas corpus* cumple una función esencial: servir de medio para controlar el respeto a derechos tan esenciales como la vida y la integridad de las personas. Impide la desaparición o la indeterminación del lugar de la detención, así como protege contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.[43] En este sentido, autorizar la suspensión del *habeas corpus* sería tanto como permitir la suspensión de derechos que expresamente se encuentran en el núcleo inderogable de la Convención.

A los efectos del artículo 27.2, deben considerarse indispensables "aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud". Que las garantías deban ser "judiciales" significa que de este carácter deben ser los medios idóneos para proteger los derechos. Tales medios, por tanto, deben estar a cargo de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones bajo el estado de excepción.[44]

En conclusión, la Corte determinó que tanto el *habeas corpus*, establecido en el artículo 7.6,[45] como el recurso de amparo, consagrado en el artículo 25.1,[46] son "garantías judiciales indispensables" para la protección de los derechos cuya suspensión está prohibida, y, en esa medida, ellas mismas constituyen también derechos insuspendibles.[47] Por tanto, a partir de la OC 8/87, deben retenerse dos consideraciones

---

[42] Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 26; y Opinión Consultiva OC 9/87, *cit.*, párrafo 35; Corte IDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Serie A, núm. 13, párrafo 31.

[43] Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 35.

[44] Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafos 29 y 30; y Opinión Consultiva OC 9/87, *cit.*, párrafo 20.

[45] De acuerdo con este artículo, el procedimiento consiste en lo siguiente: "Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

[46] Este precepto establece: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". En su Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafos 22-24, la Corte confirma y robustece sus argumentos sobre el amparo como medio procesal aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estados de emergencia.

[47] Ambas instituciones se hallan indisolublemente unidas en razón de que el amparo es el género en tanto que el *habeas corpus* constituye uno de sus aspectos específicos. Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 34.

básicas. La primera es que los artículos 7.6 y 25.1 son *implícitos* derechos insuspendibles a los efectos del artículo 27.2. La segunda es que todos los ordenamientos constitucionales y legales de los Estados partes que autoricen, ya sea explícita o implícitamente, la suspensión del procedimiento de *habeas corpus* o el de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención.[48]

Aún más, para considerar cabalmente cumplidas las exigencias del artículo 27.2, no basta que los decretos relativos a la situación de emergencia efectivamente no suspendan de modo expreso la acción o recurso de *habeas corpus*. La situación de emergencia tampoco debe llevar a una ineficacia *de facto* del instrumento procesal, en perjuicio de las presuntas víctimas. Esta situación fue la que se constató en el caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*. En este asunto, el control y jurisdicción de las fuerzas armadas se tradujo en una suspensión implícita de la acción de *habeas corpus* como consecuencia de la aplicación de los decretos de emergencia y la zona militar restringida. En consecuencia, la Corte determinó que el Perú violó el derecho de *habeas corpus* en conexión con el artículo 27.2 de la Convención.[49]

Semejantes parámetros son valederos para cualquier derecho señalado como no suspendible por el artículo 27.2. Por ejemplo, en el caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, la Corte Interamericana consideró igualmente la vulneración de este precepto en relación con el artículo 2 de la Convención, aun cuando el decreto de emergencia no suspendía expresamente los derechos afectados. En este asunto, el decreto no dispuso la suspensión del derecho a la vida, ni la de las garantías judiciales indispensables para la protección de derechos insuspendibles. Sin embargo, el decreto de emergencia fue emitido en el marco de la Ley de Seguridad Nacional cuyas normas ordenaban que, mientras durara la emergencia, ciertos hechos delictivos de determinada gravedad quedaran bajo la jurisdicción penal militar. Estas normas resultaban contrarias al derecho al juez natural de las personas que hubieren incidido en hechos presuntamente delictivos durante el estado de excepción, de quienes se hubieren visto afectados por ese hecho, o de sus familiares. Esta situación podría impedir, sostuvo la Corte, un adecuado e independiente control de compatibilidad de la suspensión de garantías con la Convención.[50]

Asimismo, la Corte Interamericana ha concluido que otros derechos no expresamente enumerados en el artículo 27.2 como insuspendibles, encuentren, sin embargo, un mínimo de protección judicial en situaciones de emergencia. Así, por ejemplo, en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú* declaró que si bien es cierto que la libertad personal no está incluida expresamente entre tales derechos, no debe perderse de vista que el *habeas corpus* sí es una garantía judicial indispensable no suspendible. Por

---

[48] Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafos 42-43, y su punto resolutivo. *Mutatis mutandis*: Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafos 26, 31-33.

[49] Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo), Serie C, núm. 20, párrafos 77-84 y punto resolutivo 2. Véase, asimismo: Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo), Serie C, núm. 68, párrafos 106-110, en donde la Corte arriba a igual conclusión.

[50] Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 166, párrafos 59-71.

ello, si un recurrente no puede promover las acciones de garantía para salvaguardar su libertad o para cuestionar la legalidad de su detención, el Estado viola sus derechos a la libertad personal y a la protección judicial reconocidos, respectivamente, en los artículos 7 y 25 de la Convención.[51]

b. Reforzamiento jurisprudencial de las garantías judiciales en situaciones de emergencia

En la Opinión Consultiva 9/87, las específicas cuestiones que el gobierno del Uruguay sometía a la consideración de la Corte Interamericana, fueron dos: *a)* la relación normativa entre el artículo 27.2 y los artículos 8.1 y 25 de la Convención; y *b)* la determinación precisa de cuáles son las "garantías judiciales indispensables" a que se refiere el artículo 27.2.

En la OC-9/87 la Corte es más detallista en sus argumentos que en la OC-8/87, al interpretar el artículo 25.1. Este precepto obliga a los Estados a ofrecer a todas las personas un recurso judicial efectivo contra violaciones de sus derechos, y la garantía ahí consagrada se aplica no sólo respecto de derechos contenidos en la Convención, sino también respecto de aquellos reconocidos por la Constitución o por la ley. Así, la Corte concluyó que el *entero régimen de protección judicial* dispuesto por el artículo 25 es aplicable a los derechos no suspendibles en situaciones de emergencia.[52] En otras palabras, al lado del *habeas corpus*, cualquier recurso efectivo ante jueces y tribunales competentes, destinado a garantizar el respeto de derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada en situación de emergencia, es también una "garantía judicial indispensable" a efectos del artículo 27.2.[53]

Además, también deben considerarse como "garantías judiciales indispensables" que no pueden suspenderse, los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (artículo 29, *c*), previstos en el derecho interno de los Estados partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención, y cuya supresión o limitación propicia la indefensión de tales derechos.[54] En esta dirección, para importantes juristas como Héctor Fix-Zamudio, el ámbito prohibitivo de suspensión incluso debiera extenderse al derecho a la revisión judicial de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas.[55]

En lo tocante al derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 8, la Corte avanzó sus perfiles garantistas al concluir que ese derecho "debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artícu-

---

[51] Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo), Serie C, núm. 33, párrafos 50-55.

[52] Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafos 22-26, y punto resolutivo 1.

[53] Fix-Zamudio, Héctor, "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", *cit.*, pp. 833-834.

[54] Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafos 34-39, y punto resolutivo 2.

[55] Fix-Zamudio, Héctor, "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", *cit.*, p. 834.

lo 27 de la misma". Los principios del debido proceso legal constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales regulados por la Convención puedan considerarse como genuinas garantías judiciales.[56] Si con anterioridad la Corte había concluido que son "garantías judiciales indispensables" las contenidas en los artículos 7.6 y 25.1, en la OC-9/87 complementa este razonamiento al sostener que estas garantías deben considerarse dentro del marco y de conformidad con los principios del artículo 8, así como los inherentes a la preservación del Estado de derecho, aun bajo la legalidad excepcional de emergencia.[57]

Con respecto a la segunda cuestión formulada por el gobierno del Uruguay, la Corte Interamericana sostiene lo siguiente: no es posible ni aconsejable que se fije una enumeración exhaustiva de todas las posibles "garantías judiciales indispensables" que no pueden ser suspendidas con base en el artículo 27.2. En realidad, estas garantías dependerán en cada caso del análisis del ordenamiento jurídico y la práctica del Estado parte acerca de cuáles son los derechos involucrados y los hechos concretos que motiven el caso.[58]

4. *Parámetros jurisprudenciales para el control jurisdiccional de las medidas suspensivas de derechos*

Las limitaciones que impone el sistema interamericano a la actuación del poder estatal en condiciones de excepción, responden a la exigencia de que, aun bajo graves circunstancias de inestabilidad política, subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que éstas se adecuen razonable y proporcionalmente a las estrictas necesidades de la situación.[59]

Habida cuenta de los parámetros que impone la Convención a la actuación de un Estado parte, ¿cómo se ejerce un control objetivo de dicha actuación al verificarse la suspensión de garantías? En su Opinión Consultiva OC-8/87, la Corte Interamericana sostiene que, toda vez que el artículo 27.1 contempla distintas circunstancias y que las medidas que se adopten han de ajustarse a las necesidades de cada situación, resulta claro que lo permisible en unos casos puede no serlo en otros. El control de compatibilidad con la Convención de las medidas adoptadas tiene un objeto relativo, evaluable necesariamente *ad casum*. Debe valorarse cada una de las circunstancias especiales a que se refiere el precepto, y será en función del carácter, intensidad, profundidad y el particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas, que habrá de determinarse si se hallan apegadas a las exigencias de la Convención.[60]

---

[56] Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafos 29 y 30, y punto resolutivo 3.

[57] Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafo 38.

[58] Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafo 40. Véase también: Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 28.

[59] Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párrafo 21; Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 52, párrafo 109.

[60] Opinión Consultiva OC-8/87, *cit.*, párrafo 22.

Como se sostiene en la sentencia al caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar el estado de emergencia. En una primera instancia corresponde a las autoridades nacionales ejercer el "adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención 'en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación'". Los Estados no poseen una discrecionalidad incontestable. Eventualmente, corresponde a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria. En su caso, la Corte Interamericana podrá analizar la conformidad de los actos del Estado a las obligaciones establecidas en el artículo 27 de la Convención, en relación con otras disposiciones de la misma que sean objeto de la controversia.[61]

Las consideraciones jurídicas de la sentencia recaída al caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* constituyen un muy buen ejemplo de aplicación de los parámetros de control por parte de la Corte Interamericana. En los hechos de este caso, las autoridades ecuatorianas emitieron el decreto núm. 86 en el cual consideraban que existía "un grave estado de conmoción interna en el territorio nacional y, especialmente en las ciudades de Quito y Guayaquil" como consecuencia de "hechos de vandalismo, atentados contra la integridad física de las personas y considerables perjuicios a la propiedad pública y privada". A juicio de las autoridades estatales, este escenario requería la adopción de medidas excepcionales.

Al analizar el decreto referido, la Corte observó que éste no fijó un límite espacial definido para la aplicación de las medidas, sino que dispuso la intervención de las fuerzas armadas en todo el territorio nacional. El decreto tampoco determinó un límite temporal para la intervención militar que permitiera saber con precisión la duración de la misma, ni estableció con claridad los derechos que serían suspendidos, esto es, el alcance material de la suspensión, como tampoco se apreció que tales límites se desprendieran de la Ley de Seguridad Nacional en la cual se fundamentaban las medidas.[62]

Para la Corte, una intervención militar de tan extendidos alcances, y en función de objetivos tan amplios y difusos, a consecuencia de la suspensión de garantías operada, sobrepasó la facultad reconocida a los Estados por la Convención. La Corte recuerda que esta suspensión debe operar como una medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, y —abunda— no constituye un medio para enfrentar la criminalidad común.[63]

5. *Procedimiento a cargo del Estado parte que declare una suspensión de garantías*

El artículo 27.3 de la Convención dispone: "Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados

[61] Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 166, párrafo 47.

[62] *Ibidem*, párrafos 48 y 94.

[63] *Ibidem*, párrafo 52.

partes en la… Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión". Se trata de una norma equivalente a las que para sus respectivos ámbitos de aplicación disponen el artículo 4.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 15.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana ha puntualizado que el cumplimiento del artículo 27.3 es un "requisito indispensable" del procedimiento de suspensión de garantías en estados de emergencia.[64] También ha dicho que esta obligación internacional de los Estados parte constituye un mecanismo enmarcado en la noción de garantía colectiva subyacente a la Convención, en cuanto su objeto y fin último es la protección del ser humano. Tal obligación constituye una salvaguardia adicional para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión de garantías y permite a los otros Estados parte apreciar que los alcances de esa suspensión sean acordes con las disposiciones de la Convención.[65]

La Corte ha declarado la falta de observancia del procedimiento previsto en el artículo 27.3, por ejemplo, en el caso del *Caracazo vs. Venezuela*, en relación con la suspensión de garantías constitucionales por la situación de excepción durante los meses de febrero y marzo de 1989 en la ciudad de Caracas.[66] También encontró la violación de este precepto en el caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* en virtud de que el decreto estatal núm. 86 de 3 de septiembre de 1992, que ordenó el estado de emergencia en todo el territorio nacional de ese país, tampoco cumplimentó los términos del artículo 27.3 de la Convención al no haber informado inmediatamente a los demás Estados parte, por conducto del Secretario General de la Organización de Estados Americanos.[67]

III. Consideraciones conclusivas

El derecho comparado latinoamericano de la suspensión de derechos y garantías evidencia una variabilidad terminológica y normativa de la institución. En términos generales, los ordenamientos constitucionales difieren en las condiciones que deben reunirse para la procedencia de una declaración de excepción, empezando por su denominación, los motivos en los cuales se justifica, las autoridades que pueden emitirla y aplicarla, los derechos susceptibles de suspensión, los límites de las

[64] Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 72, párrafo 92.

[65] Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 166, párrafo 70.

[66] Corte IDH, *Caso del Caracazo vs. Venezuela*, Sentencia de 11 de noviembre de 1999 (Fondo), Serie C, núm. 58, párrafo 42, en relación con los párrafos 1 y 2.

[67] Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, *cit*., párrafos 69-70.

medidas adoptadas, o los efectos y temporalidad de las propias medidas, así como la existencia y características de un eventual control judicial de constitucionalidad de estas medidas.

Sin embargo, en los últimos años, el sistema interamericano de derechos humanos ha tenido una notable influencia en las transformaciones del derecho positivo interno de los Estados miembros en esta materia, a partir de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este proceso, ha sido determinante el papel que ha jugado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, empezando por la clarificación conceptual de la institución y de sus supuestos de procedencia.

Pese a que la configuración de la suspensión de garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos plantea *prima facie* algunos dilemas de índole semántica, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha ido precisando sus contornos en un doble sentido: robusteciendo las garantías de los derechos humanos insuspendibles y, correlativamente, imponiendo cada vez más ambiciosos límites a la actuación de los Estados partes. De esta manera, la jurisprudencia interamericana se ha convertido en una fuente dinamizadora de estándares que actúan como desincentivadores de los riesgos de abuso del poder en materia de derecho de excepción; un abuso que con frecuencia se hizo lamentablemente presente en las sociedades políticas latinoamericanas, en el pasado.

La Convención Americana es muy amplia a la hora de enumerar los derechos no susceptibles de suspensión (artículo 27.2). En este sentido, supera las disposiciones análogas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 15.2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4.2). Esta circunstancia debe valorarse positivamente porque pretende responder con contundencia a la intolerancia del sistema interamericano frente a los riesgos de ampliación del poder de excepción por los Estados. Esta amplitud se explica bajo la lógica de conseguir una mayor extensión del "núcleo duro" de los derechos inderogables en la región. La amplitud de los derechos inderogables orienta la expansión de su protección. La sola existencia de estas normas constituye un no desdeñable ingrediente para consolidar una cada vez más expandida cultura jurídica interamericana del núcleo inderogable de los derechos humanos, lo que también coadyuva a la construcción de un *ius constitutionale commune* en la región.[68]

Una notoria manifestación de la convicción expansiva del sistema interamericano en esta materia es la inclusión expresa de las "garantías judiciales indispensables" como derechos insuspendibles en el artículo 27.2 de la Convención. Se trata del primer instrumento jurídico internacional en traducir tales garantías en derechos humanos inderogables. Además, la Corte Interamericana se ha encargado de ensanchar los extremos que tales garantías comportan, principalmente mediante

[68] Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-MPIL-IIDC, 2010, 2 vols.; y Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-MPIL-IIDC, 2011.

dos importantes opiniones consultivas pronunciadas en 1987 pero que continúan siendo sus principales aportaciones en este ámbito: las OC-8/87, de 30 de enero, y OC-9/87, de 6 de octubre.

Así, en el sistema interamericano, forman parte de las garantías judiciales indispensables e insuspendibles el recurso al *habeas corpus* (artículo 7.6) y el recurso de amparo (artículo 25.1) pese a que no se consagran explícitamente como derechos no susceptibles de suspensión. Los estándares protectivos se expanden a cualquier recurso efectivo ante jueces y tribunales competentes, destinado a garantizar el respeto de derechos no suspendibles. Un recurso efectivo no puede ser objeto de suspensión en situaciones de emergencia. Tampoco son suspendibles los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (artículo 29, *c*) previstos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos del artículo 27.2. Además, las garantías judiciales indispensables deben ejercitarse dentro del marco y los principios básicos del debido proceso legal (artículo 8o.) bajo las circunstancias de la suspensión de garantías. La construcción jurisprudencial de estos principios sigue la lógica de que se trata de instrumentos idóneos para garantizar la eficacia de derechos a los que la propia Convención consagra como no suspendibles.

Las circunstancias históricas de la región registran experiencias irreverentes con los derechos humanos de la población. En este complejo contexto, y frente a la potencialidad de nuevas amenazas, la jurisprudencia interamericana ha sido un factor de reforzamiento del estatus normativo de los derechos humanos y sus garantías en los ordenamientos constitucionales de los Estados que integran el sistema interamericano.

IV. Bibliografía

BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, 2 vols., México, UNAM-MPIL-IIDC, 2010.

——— *et al.* (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-MPIL-IIDC, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, en varios autores, "Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", *Estudios básicos de derechos humanos*, t. VI, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Ministerio Real de Relaciones Exteriores de Noruega, 1996.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984.

DESPOUY, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, "El juez constitucional y sus márgenes de acción durante la vigencia de un estado de excepción", en varios autores, *Derecho cons-*

titucional para el siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, vol. 2, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, "La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (artículo 15 CEDH)", en GARCÍA ROCA, Javier, y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2009.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales", *Revista de Derecho Político*, núms. 18-19, 1983.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso, "La suspensión de garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons-UNAM, 2016.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004.

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén, "Los poderes de emergencia en Uruguay", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 19, julio-diciembre de 2008.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas", en *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, t. I, Lima, Editorial y Distribuidora de Libros, 1987.

———, "Suspensión de garantías ¿o de derechos? (Un debate en torno al régimen de excepción peruano)", en varios autores, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, t. I, Derecho constitucional, México, UNAM, 1988.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5 vols., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006-2008.

——— y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa-UNAM, 2012.

GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, "Suspensión de derechos y garantías en estados de emergencia", en varios autores, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999.

GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1991.

HERCZEGH, Géza, "Estado de excepción y derecho humanitario. Sobre el artículo 75 del Protocolo adicional I", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 9, núm. 65, octubre de 1984.

MARTIN, Fanny, "Application du Droit International Humanitaire par la Cour Interaméricaine des Droits de L'homme", *International Review of the Red Cross*, vol. 83, núm. 844, diciembre de 2001.

MEDINA MORA, Alejandra *et al.*, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015.

MELÉNDEZ, Florentín, "Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos" [tesis doctoral], Madrid, Universidad Complutense, 1997.

MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro, "La suspensión de las garantías de los derechos humanos", *Revista Judicial*, núm. 51, San José, Corte Suprema de Justicia, septiembre, 1990.

NEGRETTO, Gabriel L. y AGUILAR RIVERA, José Antonio, "Liberalism and Emergency Powers in Latin America: Reflections on Carl Schmitt and the Theory of Constitutional Dictatorship", *Cardozo Law Review*, vol. 21, núms. 5-6, 2000.

NOHLEN, Dieter, "Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, enero-junio de 2008.

ONAINDÍA, José Miguel, "La suspensión de garantías judiciales según la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, núm. 33, 1991, pp. 427-436.

PARRA DUSSÁN, Carlos y PALACIOS SANABRIA, María Teresa, "Los estados de excepción y el control judicial de la Corte Constitucional", en varios autores, *Teoría constitucional. Liber Amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.

PLATTNER, Denise, "International Humanitarian Law and Inalienable or Non-Derogable Human Rights", en PRÉMONT, Daniel *et al.* (eds.), *Droits intangibles et Etats d'exception*, Bruselas, Bruylant, 1996.

QUADRA-SALCEDO FDEZ. DEL CASTILLO, Tomás DE LA, "La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1983.

RAMELLI ARTEAGA, Alejandro, "El derecho internacional humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, "Defensa judicial de los derechos humanos en los estados de excepción", *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.

RODRÍGUEZ, Gabriela, "Artículo 27: Suspensión de garantías", en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Bogotá, SCJN-Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

VALADÉS, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

VENTURA ROBLES, Manuel E., y ZOVATTO, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios 1982-1987*, Madrid, Civitas, 1989.

ZOVATTO G., Daniel, "La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interameri-

cana de Derechos Humanos", *Revista IIDH*, núm. 7, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, enero-junio de 1988.

———, *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Caracas, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

ZWITTER, Andrej, "The Rule of Law in Times of Crisis. A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Franz Steiner Verlag, vol. 98, núm. 1, enero de 2012.

EL REFORMISMO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO Y COLOMBIA

Rogelio FLORES*
Manuel QUINCHE**

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *La inflación normativa, la volatilidad y el reformismo como rasgos notorios de los sistemas jurídicos actuales*. III. *El poder constituyente y el poder de reforma*. IV. *La reforma constitucional como resultado. El reformismo constitucional en México y Colombia*. V. *El reformismo constitucional. Hipótesis explicativas*. VI. *Las dinámicas del reformismo constitucional en México y Colombia*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El Estado constitucional consolidó elementos como la racionalización del poder; la ubicación de la persona como el eje de la sociedad, imponiendo el límite impenetrable de la dignidad; la garantía de los derechos fundamentales y las libertades públicas; la división de poderes y su límite.

Las Constituciones se encargan de interpretar la realidad a través de la identificación de problemas y el diseño de instituciones que ofrezcan soluciones para un tiempo y un espacio determinado, fundando las bases del Estado.

La dinámica social y democrática se caracteriza por su movimiento y transformación, por la exigencia de respuesta por parte de los ciudadanos, por la pluralidad y la competencia. Ese cambio social trasciende y se transforma en cambio jurídico y obliga a la Constitución a reescribirse a través de sus reformas.

* Miembro del Consejo Académico del Centro de Estudios de Actualización en Derecho (CEAD), en México, miembro del Consejo Asesor del Comité para la Conmemoración del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Director del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

** Director de la Línea de Investigación *Sistema constitucional y de protección*, del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia.

El tema de este escrito es el del reformismo constitucional en México y en Colombia. En estos dos países el reformismo constitucional es un hecho, un acontecimiento, una evidencia y más que eso, es un modo de comportamiento institucional, un componente estructural de lo que pueda ser llamado el constitucionalismo mexicano o el constitucionalismo colombiano, en el sentido que la comprensión de la vida constitucional de estos países resulta incompleta, si no se considera el hecho innegable de su reformismo.

Dice De Vega: "La idea de inmutabilidad parece como resultado de la propia lógica interna del concepto de Constitución concebida como *lex superior*".[1] Sin embargo, al observar el comportamiento de países como México y Colombia, en los que el concepto de Constitución y la vida constitucional involucran el suceso de las reformas recurrentes a la Carta Política, bien vale cuestionar la idea de inmutabilidad constitucional y determinar los elementos de la vida constitucional en la turbulencia, en el reformismo.

Los hechos indican que en México y Colombia siempre se está pensando en reformar la Constitución o en cambiarla. Así sucedió en el pasado y así sucede en la actualidad. Dentro de esta perspectiva bien vale preguntarse ¿cuáles han sido las dinámicas del reformismo constitucional en México y Colombia?, y más precisamente, ¿cuáles son las hipótesis de comprensión de ese reformismo y de la vida constitucional que con él se instala?

La tesis del texto señala que el reformismo es un componente estructural del constitucionalismo de algunos países de América Latina y que corresponde a una dinámica local propia, que establece una vida constitucional que tiene características y riesgos propios, que instalan una cierta institucionalidad en tensión, muy propia de sistemas jurídicos en los que la inflación y la volatilidad normativa son sucesos recurrentes e instalados.

Para desarrollar el tema, responder las preguntas y defender la tesis, el texto ha sido dividido en siete secciones. En la primera de ellas se describen tres características de los sistemas jurídicos de la actualidad como son la inflación normativa, la volatilidad del derecho y el reformismo, las que involucran las instituciones constitucionales. Determinado lo anterior, el texto se adentra en el escenario del poder constituyente y el poder de reforma, para luego, en tercer término, examinar el reformismo constitucional como rasgo permanente en México y Colombia. En cuarto lugar se describen algunas de las hipótesis explicativas del reformismo constitucional, y después se examina, en segmentos separados, el reformismo constitucional en México y Colombia, dando luego paso al capítulo de cierre, que contiene las conclusiones acerca de lo indagado.

De acuerdo con lo anterior el texto es descriptivo respecto de la vida constitucional en México y Colombia, es analítico en lo relacionado con el poder constituyente, el poder de reforma y el suceso del reformismo constitucional y es, finalmente, propositivo, al formular explicaciones acerca del hecho del reformismo en los dos países.

---

[1] De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 54.

II. La inflación normativa, la volatilidad y el reformismo como rasgos notorios de los sistemas jurídicos actuales

La inflación normativa, la volatilidad y el reformismo son parte del precio que hay que pagar, por los sucesos de la complejización y la sofisticación del derecho y de sus prácticas.

Los sistemas jurídicos de la actualidad están marcados por el paso de la simplicidad que ofrecían los modelos de comprensión regidos por la legalidad, a la complejidad y la sofisticación de los sistemas jurídicos actuales, derivada de los adelantos tecnológicos, del avance de las ciencias de la administración pública y privada, de la apropiación que han hecho los agentes privados (ahora genéricamente designados como "inversionistas"), del discurso de los derechos humanos y, en el plano estrictamente jurídico, de la constitucionalización, la convencionalización y la internacionalización del derecho. En este sentido resulta innegable que las variables de comprensión, transmisión y práctica de derechos, se han incrementado exponencialmente frente a un derecho tradicional que tenía pocas variables y muy definidas.

Se denomina inflación normativa al hecho innegable de la continua profusión y acumulación de normas en los distintos niveles, trayendo consigo problemas de acumulación, contradicción, regulación sobrepuesta y dificultades de vigencia e inseguridad. La inflación acontece con toda clase de normatividad, sea local o internacional.

En el plano internacional la inflación se registra en la profusa celebración de tratados, convenios, protocolos, acuerdos, convenios internacionales globales, regionales, locales, que involucran cada vez más sujetos distintos a los Estados, como pueden serlo las organizaciones internacionales, las personas, las empresas, los "inversionistas" y tantos otros que se insertan mediante mecanismos novedosos de incorporación, emitiendo reglamentos, estableciendo nuevos órganos y fijando dinámicas propias de despliegue e influencia.

En el plano del derecho interno la inflación es innegable, acontece "en las leyes que conocemos hoy, numerosas, cambiantes, fragmentarias, contradictorias",[2] así como en los demás niveles. En el caso colombiano se observa la expedición de alrededor de 60 leyes anuales, cuatro mil decretos y actos administrativos del nivel presidencial, a los que deben sobrevenir los de los niveles departamentales y locales en virtud de la descentralización, más de mil sentencias por cada una de las altas cortes, y la profusión ilimitada de actos administrativos por las autoridades públicas de los sectores central y descentralizado, bajo denominaciones difusas, como pueden serlo los decretos, las resoluciones, las circulares, las directivas, las órdenes, los conceptos y tantos otros que conducen a sistemas difusos de denominación, control y registro.

La expresión "volatilidad" está relacionada con el fenómeno físico de la pérdida de densidad de algunos cuerpos u objetos, y tiene un gran poder descriptivo en el campo del derecho. El punto es que el derecho de la tradición era denso y tenía

[2] Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997, p. 32.

duración. El ejemplo típico son las Constituciones, los códigos y las leyes generales de los siglos XVIII y XIX, que fueron concebidos con pretensiones de totalidad, duración y hasta eternidad. Prueba de ello es la manera como los abogados de los dos siglos pasados hicieron del Código Civil un fetiche. Sin embargo, si se atiende a las dinámicas del derecho actual, se observa que éste ya no dura tanto, que ha perdido densidad y que, junto con la inflación y el reformismo, se instalan márgenes de incertidumbre con los que hoy se convive.

Finalmente, se tiene el reformismo, que corresponde a una práctica institucionalizada y a una manera de experimentar y enfrentar el derecho. En su nivel más básico consiste en la introducción de cambios o de reformas sucesivas a los cuerpos normativos (Constituciones, leyes, decretos, reglamentos de toda clase, etc.), que hace que éstos pierdan identidad o que cuando menos se reconfiguren al ritmo de las reformas.

El reformismo acontece en todos los niveles. En el caso de México, durante los 99 años de vigencia de la Constitución, se ha reformado en 699 ocasiones a través de 299 decretos publicados en el *Diario Oficial de la Federación*. En el caso colombiano y en el nivel constitucional, se evidencia con las 41 reformas constitucionales introducidas en los 25 años de vigencia de la carta política. En el nivel legal se percibe en la continua expedición de leyes sobre temas recurrentes como las leyes de procedimiento penal (tres códigos en 25 años), con la expedición sucesivas de leyes penales que no responden a una política criminal seriamente dispuesta,[3] a la expedición de reformas tributarias anuales, que presionan el ingreso de las clases medias, o las reformas al sistema de salud, a la seguridad social y otros temas recurrentes.

Este asunto es especialmente sensible en el nivel reglamentario, como característica propia del presidencialismo y los modos de ejercerse el poder local, donde se expiden "circulares" o "directrices únicas", a las que le son superpuestas tantas otras, o en el caso más sensible, los decretos únicos del sector, de los que han sido expedidos 23, a los que han sobrevenido "decretos adicionales a los decretos únicos", que se expiden sucesivamente, en reforma de lo mismo.

III. El poder constituyente y el poder de reforma

Usualmente se diferencia entre poder constituyente primario y poder constituyente secundario o de reforma.

Por el primero se entiende el poder, la fuerza o la energía que sirve para establecer las Constituciones y se señala que acontece en el momento inicial de fundación de los Estados, o de cambio de Constitución. En su fase inicial se lo hizo coincidir con las Constituciones de la revolución. Se lo caracteriza como un poder supremo,

[3] De hecho recientemente la Corte Constitucional expidió la Sentencia T-762 de 2015, por la que reiteró el "Estado de cosas inconstitucional en las cárceles", declarando expresamente en el tercer punto resolutivo, que "la Política Criminal colombiana ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad".

autónomo e incondicionado, en tanto que, por ser fundador, instala las reglas con las que habrán de operar los poderes constituidos.

En sentido contrario se habla del poder constituyente secundario, derivado o de reforma, para referirse a un poder reglado y sometido, por medio del cual se introducen modificaciones o cambios en una Constitución. Por lo mismo se trata de un poder limitado, sometido al poder constituyente, quien fijó las reglas y los límites de su funcionamiento.

Esta distinción entre poder constituyente primario y poder constituyente secundario no va a ser usada en este texto. Aquí se hablará del poder constituyente, para referirse al poder que permite el establecimiento de las Constituciones, como aconteció en México en 1917 o en Colombia en 1991, y de poder de reforma, en referencia al poder institucionalizado que permite introducir modificaciones a un texto ya instalado. En este sentido se habla de las 699 reformas introducidas a la Constitución de México y de las 41 reformas de la Constitución Política de Colombia.

1. *El poder constituyente*

La presentación usual del poder constituyente indica que se trata del poder, la fuerza o la energía que sirve para crear la Constitución política de un país.

Fioravanti señala que la noción de poder constituyente del pueblo fue articulada en el periodo de las revoluciones constitucionales del siglo XVIII en Estados Unidos y en Francia, bajo la idea de poner en discusión con el pueblo, la forma política a adoptar. Califica ese periodo como "un momento decisivo en la historia del constitucionalismo, porque sitúan en primer plano un nuevo concepto y una nueva práctica que están destinados a poner en discusión la oposición entre la tradición constitucionalista y la soberanía popular".[4] Igualmente sostiene que, en materia constituyente, la experiencia norteamericana resultó mucho más edificante que la francesa, en la medida que dio lugar a una Constitución republicana, moderada y equilibrada, que propició el establecimiento de un gobierno limitado, con poderes intrínsecamente limitados, derivados del poder constituyente, mientras que en el caso francés se asistió a un periodo inestable con la expedición sucesiva de Constituciones, del régimen del terror y la llegada de un militar al poder, que luego se declaró emperador, como se hacía en la Antigüedad y la Edad Media.

Pisarello identifica tres elementos concurrentes al desarrollo de las grandes revoluciones de los siglos XVII y XVIII:[5] la teorización explícita de la distinción entre el poder constituyente, entendido como poder originario y en principio ilimitado, y los poderes constituidos, que se caracterizan por ser poderes limitados y condicionados por el poder constituyente; la creación de asambleas o convenciones, que se van a encargar de elaborar los textos fundacionales, las Constituciones, fijando las reglas

[4] Fioravanti, Mauricio, *Constitución. Desde la antigüedad hasta nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 103.

[5] Pisarello, Gerardo, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014, p. 25.

de la vida política; y la participación de "la nación" en el caso francés, o del "pueblo" en el caso norteamericano, de modo tal, que se vincule a las clases populares a la toma de decisiones políticas, por los dos caminos usuales y ensayados desde el comienzo, la conformación de asambleas constituyentes, o la ratificación de lo que haga el cuerpo constituyente.

2. *El poder de reforma*

A diferencia del poder constituyente, que es definido como una fuerza o energía, el poder de reforma o de revisión constitucional, es una facultad o una competencia reglada, otorgada usualmente a un órgano constituido, para que modifique o reforme una Constitución ya existente. De este modo se tiene que el poder constituyente ha dado lugar a la Constitución y a los poderes constituidos, y a partir de éstos se producen la legislación (el Congreso, Asamblea o Parlamento en función legislativa) y las reformas constitucionales, es decir, los actos de revisión o modificación de la Carta Política.

La expresión "reforma constitucional" puede ser entendida y trabajada en dos sentidos concurrentes: la reforma constitucional en sentido formal, que se refiere a la *técnica* por la cual se modifica el texto constitucional, y la reforma constitucional en sentido material, que es propiamente el *resultado* del proceso de enmienda.

Para Löewenstein la reforma constitucional puede revestir tres modalidades:[6] el suplemento en la Constitución, caso en el cual el texto constitucional es adicionado con nuevos textos; la supresión constitucional, evento en el que se suprimen o eliminan partes o segmentos del texto anterior; y el cambio constitucional, es decir, cuando se sustituye un texto o un enunciado por otro dentro de la misma Carta Política, sin afectar su integridad. De un modo más sintético ha dicho Salazar,[7] que una Constitución puede modificarse en tres direcciones: incorporando una nueva norma en su texto, suprimiendo una norma preexistente o sustituyendo una norma preexistente con una norma nueva.

A. *La técnica de reforma constitucional*

La técnica de la reforma constitucional se refiere al tipo de procedimiento o de trámite que debe ser utilizado para modificar la Constitución. La técnica que se usa está relacionada con el régimen político o de administración con el que cuente un determinado Estado. De este modo es posible identificar unas técnicas de reforma que sean propias de los regímenes parlamentarios, otras técnicas propias de los Estados federales, que suponen la participación de los estados y del poder federal, y otras técnicas en los Estados unitarios con régimen presidencial, usualmente articuladas

[6] Löewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964, p. 175.

[7] Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM, 2006, p. 95.

desde una mixtura de los anteriores. Si bien en la práctica ocurre que las técnicas usadas entre los distintos regímenes se mezclan, pueden ser identificados unos procedimientos recurrentes.

La reforma constitucional por trámite parlamentario. Es la técnica o el procedimiento de reforma constitucional más extendido. Es propio de los regímenes parlamentarios y tiene amplia aplicación en los regímenes presidenciales latinoamericanos. Se trata propiamente del establecimiento de un trámite parlamentario agravado, en el sentido que es más exigente en elementos y matices al procedimiento legislativo, al procedimiento que se adelanta para expedir o reformar una ley.

La reforma constitucional por la vía del referendo. Esta técnica o mecanismo introduce la participación del electorado dentro del trámite de la reforma. El referendo es un instrumento de participación ciudadana, cuyo objetivo central es introducir una nueva norma dentro de la Constitución (se le denomina referendo aprobatorio), o la de suprimir una norma dispuesta en la Constitución (caso en el que se habla de referendo derogatorio). El procedimiento usual consiste en la elaboración del texto de la reforma por el Parlamento, la Cámara de Diputados, o un grupo de asambleístas, para que luego sea sometido a votación por el pueblo.

La reforma constitucional en los sistemas federales. En el caso de los sistemas federales, el mecanismo de reforma constitucional supone una actividad y una participación en un doble nivel: al nivel de los distintos estados que conforman la federación, y al nivel del poder federal. En este sentido se suele confeccionar el texto de reforma y se somete a aprobación en cada uno de los estados que conforma la federación.

B. *El resultado de la reforma constitucional*

Se refiere propiamente al texto modificatorio que haya sido aprobado por el Congreso de la República, la Cámara de Diputados o el pueblo, de conformidad con la técnica o procedimiento que se haya adoptado.

En Colombia a los actos reformatorios de la Constitución se los denomina "*actos legislativos*", se los numera anualmente y son el resultado de la técnica de reforma constitucional. En 2016, en ese país habían sido expedidos 41 actos legislativos, el último corresponde al Acto Legislativo 1 de 2016, "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera", que introdujo cuatro artículos transitorios al texto constitucional.

En el caso de México, los actos reformatorios de la Constitución se realizan a través de decretos publicados en el periódico oficial, denominado *Diario Oficial de la Federación*. Hasta 2016 se habían expedido 229 decretos, el último reforma el párrafo segundo del artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se "establece que toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo; y señala que el reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político, se realizarán de conformidad con los tratados internacionales".

3. *Los límites al poder de reforma*

Por sus propias características, el poder de reforma es limitado. Alrededor de estos límites han sido propuestas numerosas clasificaciones, algunas de ellas francamente superfluas. Así se ha hablado de límites autónomos y heterónomos, según se encuentren en el sistema jurídico interno o en el exterior; límites implícitos y explícitos; límites absolutos y relativos, previendo además subdivisiones en todos ellos. Salazar refiere el asunto de los límites señalando con precisión: "la Constitución autoriza su revisión en ciertas materias, pero prohíbe cualquier alteración de su núcleo fundamental y ello implica la inconstitucionalidad de cualquier reforma constitucional que pretenda reformar ese 'coto vedado'".[8]

Una visión ajustada del asunto ha dado lugar al tratamiento de tres temas: la existencia de límites formales, la existencia de límites materiales y la existencia de órganos e instrumentos de control constitucional y convencional, preferentemente judiciales, que permitan verificar que la reforma constitucional fue hecha dentro de los límites establecidos por la propia Constitución.

Los límites formales al poder de reforma. El poder de reforma es reglado. En este sentido las reformas a la Constitución están sometidas a procedimientos que en caso de no ser observados, conducen a la configuración de "vicios de forma" o de procedimiento, que tienen como consecuencia la invalidez de la reforma constitucional.

En Colombia la Constitución puede ser reformada por medio de tres mecanismos: la reforma por la vía del Congreso, en este caso la iniciativa es sometida a ocho debates en las dos cámaras legislativas y a diversas publicaciones; la reforma por vía del referendo, aquí se articula un mecanismo complejo, constituido por distintas fases, en el que tienen participación de los tres poderes públicos y del pueblo mediante una votación final; y el mecanismo de la asamblea constituyente, que supone actos mixtos de convocatoria y votación popular. Las reglas para el trámite fueron dispuestas en el Título XIII de la Constitución, entre los artículos 374 a 380, que prevén una serie de pasos y de procedimientos que deben ser seguidos para no invalidar la actuación.

En México sólo existe el mecanismo de reforma por vía del Congreso. Se requiere el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes en el Congreso de la Unión y posteriormente la aprobación de la mayoría de las legislaturas de los estados de la República. La regla está dispuesta en el artículo 135 de la Constitución.

Los límites materiales al poder de reforma. Se refieren a la existencia de materias, instituciones o asuntos contenidos en la Constitución, que no pueden ser reformados. Los límites materiales pueden ser explícitos o implícitos. Los primeros están relacionados con la existencia de cláusulas pétreas, es decir, de enunciados inmodificables contenidos en la Constitución, que no pueden ser objeto de reforma. Como ejemplos clásicos de cláusulas pétreas se tiene el artículo 79 de la Constitución de Alemania de 1949, que prohíbe reformas sobre la división política del territorio en *Länders* y los principios básicos de derecho fundamental; el artículo 139 de la Constitución

[8] Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, p. 100.

de Italia de 1947 que señala "la forma republicana no podrá ser objeto de revisión constitucional"; y el artículo 89.5 de la Constitución de Francia de 1958, que dispone "la forma de gobierno republicana no puede ser objeto de reforma".

Los límites materiales implícitos se refieren a la imposibilidad de reformar el núcleo central de la Constitución, lo que en Colombia se llaman los elementos definitorios de la Constitución o sus ejes axiales, o para decirlo en palabras de la Corte Constitucional:

> La Constitución de Colombia no tiene cláusulas pétreas y en este sentido no hay límites materiales explícitos al poder de reforma. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el Congreso, como titular del poder de reforma, puede reformar la Constitución, pero no puede sustituirla, en el sentido de introducir enunciados que cambien o sustituyan la Constitución, transformándola en un texto distinto.

En el caso de México no existen límites explícitos ni materiales ni sustanciales, a través de las cláusulas pétreas. Ha sido la doctrina la que se ha encargado de orientar el sentido de las llamadas decisiones fundamentales implícitas en la Constitución de Querétaro.

Según Jorge Carpizo, dentro de éstas podemos considerar a la soberanía, los derechos humanos, el sistema representativo, la separación Iglesia-Estado, la división de poderes, el federalismo, la autonomía municipal y el juicio de amparo, entre otras. Tales decisiones fundamentales, por su importancia y su jerarquía, correspondería sólo al pueblo reformar y no al poder revisor de la Constitución.[9]

4. *El control sobre las reformas constitucionales*

Los últimos años del siglo XX trajeron una modificación en el concepto de Constitución, en el sentido que durante los siglos XIX y XX, las Constituciones eran entendidas como el texto que contenía los poderes del Estado, colocando el acento en los poderes, las competencias y las funciones de los órganos y de los sujetos que las ejercían. En este sentido se hablaba de Constituciones orgánicas. Sin embargo, con el final del siglo XX se volvió a entender que el valor y la importancia de las Constituciones estaban en los límites de los poderes constituidos y en el control de los mismos, actualizándose el concepto de "Constitución bien equilibrada", entendida como una norma que establece y mantiene restricciones regularizadas, efectivas, al poder, donde la libertad es el resultado de una compleja red de limitaciones y controles al poder.[10]

---

[9] Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 2013, p. 158.

[10] Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 35.

A. *El control sobre las reformas constitucionales en México*

En el derecho comparado, los mecanismos de control sobre las reformas a la Constitución que fueron aprobadas por el poder revisor son facultad de los tribunales constitucionales o las cortes supremas. Este órgano decide sobre la inconstitucionalidad de una reforma a la Constitución por parte del poder revisor, a partir de determinar alguna violación a los límites expresos o límites implícitos materiales previstos en la Constitución o porque se transgredió el procedimiento de reforma constitucional.

En México la Constitución no contempla límites implícitos, ni competenciales e incluso formales, derivados de los preceptos y de sus principios. En ese escenario, el papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido inconsistente en el fortalecimiento del control constitucional de las reformas a la Constitución, al haber rechazado en distintos casos la posibilidad de controlar materialmente sus reformas.

La primera vez que se ocupó del tema fue en los amparos 2996/96 y 1334/98 promovidos por Manuel Camacho Solís en contra de la reforma constitucional electoral de 1996. En estos casos la Suprema Corte determinó que los contenidos materiales de una reforma constitucional son inimpugnables, sin embargo, abrió la posibilidad de revisar vicios al procedimiento de reforma. Con ello se definía que el poder revisor sí tenía límites, en principio formales. La tesis aislada derivada de este criterio es la siguiente:

> Reforma constitucional, amparo contra su proceso de creación. El interés jurídico deriva de la afectación que produce, en la esfera de derechos del quejoso, el contenido de los preceptos modificados.
>
> El Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha determinado que cuando se impugna el proceso de reforma constitucional no es la carta magna, sino los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina con su reforma, lo que se pone en tela de juicio, por lo que pueden ser considerados como autoridades responsables quienes intervienen en dicho proceso, por emanar éste de un órgano constituido, debiendo ajustar su actuar a las formas o esencias consagradas en los ordenamientos correspondientes, conducta que puede ser controvertida mediante el juicio de amparo, por violación al principio de legalidad. Asimismo, estableció que la circunstancia de que aun cuando el proceso de reforma hubiese sido elevado a la categoría de norma suprema, tal situación no podría desconocer la eficacia protectora del juicio de amparo como medio de control constitucional, puesto que de ser así no habría forma de remediar el posible incumplimiento de las formalidades consagradas en el artículo 135 de la carta magna ni, por ende, podría restablecerse a los agraviados en los derechos que estiman violados, con lo que se autorizaría la transgresión a derechos fundamentales sin oportunidad defensiva. En consecuencia, si bien es cierto que el contenido del dispositivo constitucional resulta inimpugnable a través de la demanda de garantías, siendo sólo atacable el proceso de reforma correspondiente, y el interés jurídico se identifica como la tutela que se regula bajo determinados preceptos legales, la cual autoriza al quejoso el ejercicio de los medios para lograr su defensa, así como la reparación del perjuicio que le irroga su desconocimiento o violación, debe concluirse que el interés jurídico para promover el juicio contra el proceso de reforma relativo debe derivar directamente

de los efectos que produce la vigencia del nuevo precepto constitucional, pues son éstos los que producen un menoscabo en la esfera jurídica del gobernado.

Amparo en revisión 1334/98. Manuel Camacho Solís. 9 de septiembre de 1999. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho.

El tema fue retomado en dos controversias constitucionales (48/2001 y 82/2001) presentadas por municipios del estado de Oaxaca en contra de reformas constitucionales sobre derechos y cultura indígenas. En un criterio involutivo, la Corte resolvió que el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución federal, no es susceptible de control jurisdiccional, argumentando que existe imposibilidad jurídica para controlar la función soberana del poder reformador de la Constitución y, aunado a ello, el artículo 105 constitucional no le otorga legitimación al llamado constituyente permanente. La jurisprudencia derivada de este criterio establece lo siguiente:

Procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución federal. No es susceptible de control jurisdiccional.

De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las legislaturas estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las legislaturas locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía.

Controversia constitucional 82/2001. Ayuntamiento de San Pedro Quiatoní, estado de Oaxaca. 6 de septiembre de 2002. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Eva Laura García Velasco.

Las posibilidades de control de la reforma constitucional por vía del amparo se terminaron con la promulgación de la Ley de Amparo de febrero de 2013, al establecer que es improcedente "contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".[11]

B. *El control sobre las reformas constitucionales en Colombia*

En el caso de Colombia el control de las reformas constitucionales fue asignado a la Corte Constitucional, según lo dispuso el numeral 1 del artículo 241 de esa Carta Política. La norma señala lo siguiente:

[11] Artículo 61, fracción I de la Ley de Amparo.

> Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:
>
> 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

Se trata de un control posterior y por demanda ciudadana, puesto que la competencia de la Corte nace por el ejercicio que de la acción pública de inconstitucionalidad haya hecho un ciudadano, dentro del año siguiente a la expedición del acto legislativo.

Sin embargo, debe contestarse la siguiente pregunta: ¿cuál es el alcance de la competencia de la Corte Constitucional para hacer el control sobre las reformas constitucionales? La norma señala que el control puede ser ejercido "sólo por vicios de procedimiento en su formación". La Corte ha interpretado este enunciado en el sentido de precisar que ejerce control sobre dos objetos: sobre los *vicios de forma* que se hayan configurado durante el trámite de la reforma y sobre los *vicios de competencia* en los que hubiese podido incurrir el Congreso de la República.

a. Control sobre los vicios de forma

Los vicios de forma están relacionados con anomalías durante el trámite de la reforma constitucional. El procedimiento para adelantar reformas constitucionales en Colombia está descrito en el artículo 375 de la Constitución y la Ley 5 de 1992, Orgánica del Congreso. A grandes rasgos, el trámite de una reforma constitucional por la vía del Congreso en Colombia demora un año y tiene los siguientes pasos:

i. La iniciativa del proyecto de reforma la tienen el gobierno, diez miembros del Congreso, 20% de los concejales o diputados del país, o el 5% de los ciudadanos habilitados para votar.
ii. El proyecto debe ser tramitado en dos etapas, que comprenden un total de ocho debates, cuatro en la Cámara de Representantes y cuatro en el Senado.
iii. Durante los primeros cuatro debates se exige una votación con mayoría simple y durante los cuatro últimos se requiere mayoría calificada en las votaciones.
iv. El proyecto debe ser publicado en el *Diario Oficial* al finalizar cada una de las etapas de los debates.

Dentro de esta comprensión habrá vicios de forma si durante el trámite del proyecto de acto legislativo se violan los principios de legitimidad en la iniciativa, consecutividad o publicidad, dándose lugar a la demanda ciudadana.

b. Control sobre los vicios de competencia

La Corte Constitucional ha entendido que también está facultada para controlar los "vicios de competencia" que se hubieren configurado, es decir, que puede verificar que el Congreso se haya limitado a "reformar" la Constitución, y que no la haya "sustituido" o "cambiado".

El asunto está relacionado con los poderes del Congreso respecto de la Constitución. El artículo 114 de la Carta Política dispone que le corresponde al Congreso "reformar la Constitución". En igual sentido el artículo 374 establece: "La Constitución podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo". De este modo ha entendido la Corte, que el Congreso puede "reformar" la Constitución, pero que no puede "cambiarla" o "sustituirla" por otra.

Ahora bien, para saber si el Congreso se ha excedido y ha *sustituido* o simplemente ha *reformado* la Constitución, la Corte ha implementado una metodología llamada el "test de sustitución", que consiste en el establecimiento de unos criterios que permiten determinar si el Congreso actuó dentro del límite de sus funciones. Esta herramienta ha resultado trascendental para controlar las reformas de la Constitución en Colombia y entre sus logros más significativos, se encuentra la Sentencia C-141 de 2010,[12] que declaró la inconstitucionalidad por vicios de competencia, de la ley que convocaba a un referendo reformatorio de la Constitución, que pretendía la reelección presidencial sucesiva.

En su estructura básica, el test de sustitución está conformado por tres elementos: la premisa mayor, en la cual debe ser identificado el elemento esencial definitorio de la Constitución que fue reemplazado, el que debe ser presentado en relación con los referentes normativos que se encuentren en la Constitución; la premisa menor, que consiste en el examen del acto reformatorio de la Constitución que ha sido acusado; y finalmente, la conclusión, en la que se determina si efectivamente hubo reemplazo de un elemento esencial definitorio de la Constitución por otro elemento, que además resulte incompatible con la identidad de la Carta Política.[13]

IV. La reforma constitucional como resultado. El reformismo constitucional en México y Colombia

El constitucionalismo de México y el de Colombia se despliegan en el hecho innegable del reformismo. En un plano puramente descriptivo, se reseñan a continuación las reformas aprobadas en cada uno de los países, para luego, en la siguiente sección,

[12] Sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto.

[13] Una presentación integral del control de las reformas constitucionales en Colombia puede ser vista en Quinche, Manuel, *El control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Ibáñez, Universidad Javeriana, 2014, pp. 94-124.

presentar algunas de las hipótesis explicativas articuladas alrededor del suceso del reformismo constitucional.

1. *Las reformas introducidas a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*

La Constitución mexicana es de las más longevas, con sus 99 años de vigencia. En la actualidad existen en el mundo 188 Constituciones y su promedio de edad es de 36 años. Sólo la mitad de las Constituciones escritas en la historia ha durado más de 19 años, lo que significa que la mexicana es cinco veces más longeva que el promedio histórico. Es la décima más antigua del mundo. Del 1 al 9 están: Estados Unidos, Noruega, Bélgica, Países Bajos, Nueva Zelanda, Luxemburgo, Canadá y Tonga. Es la más antigua de América Latina y le sigue la costarricense que fue aprobada en 1949.[14]

Desde 1921 (año en que se modificó por primera vez) hasta octubre de 2016, ha sido reformada en 699 ocasiones a través de 229 decretos. El más intenso periodo de reforma constitucional de la historia ha sido liderado por Enrique Peña Nieto, quien tan sólo en enero de 2016 aprobó 52 reformas a la Constitución, seguido por Ernesto Zedillo, quien en diciembre de 1994 aprobó 27 reformas constitucionales. Por razones de espacio, reseñaremos únicamente las reformas en el actual periodo presidencial.

1. *Decreto 206, de fecha 26 de febrero de 2013*, por el que se reforman los artículos 3o. en sus fracciones III, VII y VIII; y 73, fracción XXV, y se adiciona un párrafo tercero, un inciso d) al párrafo segundo de la fracción II y una fracción IX al artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Reforma educativa. Establece las bases del sistema nacional de evaluación educativa y del servicio profesional docente. Crea el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación como órgano público autónomo.
2. *Decreto 207, de fecha 5 de junio de 2013*, por el que se reforman los párrafos primero y último del artículo 25, así como el párrafo primero y tercero del apartado A del artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Incluye la competitividad económica como elemento del desarrollo nacional.
3. *Decreto 208, de fecha 11 de junio de 2013*, por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones. Tema: Reforma de telecomunicaciones. Establece la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones como órganos públicos autónomos.

[14] *Cfr. http://comparativeconstitutionsproject.org.*

4. *Decreto 209, de fecha 19 de julio de 2013*, por el que se reforma el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Precisa el concepto de libertad de culto como "libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión". Restringe actos de culto público con fines políticos.
5. *Decreto 210, de fecha 30 de septiembre de 2013*, por el que se reforma el artículo 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Faculta al Ejecutivo Federal para autorizar a ciudadanos mexicanos el uso de condecoraciones, servicios, funciones y títulos extranjeros. Permite que el Presidente de la República, los senadores y diputados del Congreso de la Unión y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación puedan aceptar y usar libremente condecoraciones extranjeras.
6. *Decreto 211, de fecha 8 de octubre de 2013*, por el que se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Faculta al Congreso para expedir la legislación procedimental penal única.
7. *Decreto 212, de fecha 20 de diciembre de 2013*, por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía. Tema: Reforma energética. Permite al Estado llevar a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares. También posibilita los contratos con particulares en materia de servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica. Crea el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo.
8. *Decreto 213, de fecha 27 de diciembre de 2013*, por el que se adiciona una fracción XXIX-R al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Faculta al Congreso para expedir la ley general que armonice y homologue la organización y el funcionamiento de los registros públicos inmobiliarios y de personas morales de las entidades federativas y los catastros municipales.
9. *Decreto 214, de fecha 27 de diciembre de 2013*, por el que se reforma el inciso e) y se adiciona un inciso o) de la fracción IV del artículo 116; y se reforma el artículo 122, apartado C, Base Primera, fracción V, inciso f) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Incorpora el principio de que las Constituciones y leyes locales garantizarán que en las elecciones los ciudadanos soliciten su registro como candidatos para poder ser votados en forma independiente a todos los cargos de elección popular.
10. *Decreto 215, de fecha 7 de febrero de 2014*, por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia. Tema: Reforma en materia de transparencia. Otorga autonomía constitucional al organismo responsable de garantizar el derecho de acceso a la información pública y a la protec-

ción de datos personales. Amplía los sujetos obligados. Establece las bases de transparencia para las entidades federativas.

11. *Decreto 216, de fecha 10 de febrero de 2014*, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral. Tema: Reforma político-electoral. Crea el Instituto Nacional Electoral. Incorpora la reelección consecutiva de senadores y diputados federales, diputados locales, presidentes municipales, regidores y síndicos. Dota de autonomía constitucional al Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. Modifica la fecha de inicio del cargo de Presidente de la República. Faculta a las Cámaras del Congreso para ratificar a determinados secretarios de Estado. Crea la Fiscalía General de la República como órgano constitucional autónomo.
12. *Decreto 217, de fecha 17 de junio de 2014*, por el que se adiciona el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Incorpora el derecho de toda persona a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. Establece que la autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de nacimiento.
13. *Decreto 218, de fecha 17 de junio de 2014*, por el que se reforma el tercer párrafo del artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Agrega a "los integrantes de los ayuntamientos", en la relación de funcionarios públicos que serán responsables por violaciones a la Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo y aplicación indebidos de fondos y recursos federales.
14. *Decreto 219, de fecha 17 de junio de 2014*, por el que se reforma la fracción III del apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Establece que queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de quince años.
15. *Decreto 220, de fecha 7 de julio de 2014*, por el que se reforma el inciso b) del tercer párrafo de la Base VI del artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Precisa el caso de compra o adquisición de cobertura informativa o tiempos en radio y televisión, fuera de los supuestos previstos en la ley, como parte del sistema de nulidades de las elecciones federales o locales por violaciones graves, dolosas y determinantes.
16. *Decreto 221, de fecha 22 de mayo de 2015*, por el que se reforma la fracción III, del apartado A, del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Determina la garantía de que "las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados"; e incorpora que "en ningún caso las prácticas comunitarias podrán limitar los derechos político-electorales de los y las ciudadanas en la elección de sus autoridades municipales".

17. *Decreto 222, de fecha 26 de mayo de 2015*, por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de disciplina financiera de las entidades federativas y los municipios.
18. *Decreto 223, de fecha 27 de mayo de 2015*, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción.
19. *Decreto 224, de fecha 2 de julio de 2016*, por el que se reforman los párrafos cuarto y sexto del artículo 18 y el inciso c) de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Faculta al Congreso para expedir la legislación nacional en materia de justicia penal para adolescentes.
20. *Decreto 225, de fecha 10 de julio de 2015*, por el que se reforma el artículo 73, fracción XXI, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Establece la facultad del Congreso para expedir las leyes generales en materia de desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
21. *Decreto 226, de fecha 27 de enero de 2016*, por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo. Tema: Faculta al Instituto Nacional de Estadística y Geografía para calcular el valor de la Unidad de Medida y Actualización que será utilizada como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, de las entidades federativas y del Distrito Federal, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de todas las anteriores. Establece que el salario mínimo no podrá ser utilizado como índice, unidad, base, medida o referencia para fines ajenos a su naturaleza. Incorpora la obligación del Congreso de la Unión para emitir la legislación reglamentaria que determine el valor de la Unidad de Medida y Actualización.
22. *Decreto 227, de fecha 29 de enero de 2016*, por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la reforma política de la Ciudad de México. Tema: Se crea la Ciudad de México como una entidad federativa con autonomía en todo lo concerniente a su régimen interior y a su organización política y administrativa, en los términos que establezca la Constitución Política de la Ciudad de México. El ejercicio del Poder Legislativo se deposita en la Legislatura de la Ciudad de México. El titular del Poder Ejecutivo se denomina Jefe de Gobierno de la Ciudad de México. El ejercicio del Poder Judicial se deposita en el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Judicatura y los juzgados y tribunales que establezca la Constitución Política de la Ciudad de México. El gobierno de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México estará a cargo

de las alcaldías, que son órganos político-administrativos que se integrarán por un Alcalde y por un Concejo electos para un periodo de tres años. Se establece el régimen transitorio para la composición de la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México, encargada de aprobar y expedir la Constitución Política de la Ciudad de México.

23. *Decreto 228, de fecha 25 de julio de 2016*, por el que se adiciona la fracción XXIX-X al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Faculta al Congreso para expedir la ley general en materia de derechos de las víctimas.
24. *Decreto 229*, de fecha 15 de agosto de 2016, por el que se reforma el párrafo segundo del artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tema: Establece que toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo; y señala que el reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político, se realizarán de conformidad con los tratados internacionales.

2. *Las reformas introducidas a la Constitución Política de Colombia de 1991*

A continuación se reseña cada una de las reformas, se indica la fecha de su expedición y se determina someramente su objeto. Esta reseña resulta útil y funciona a los análisis de la parte final de este texto. Los actos reformatorios son:

1. *Acto Legislativo 1 de 1993*, por el que se erigió a Barranquilla en distrito especial, industrial y portuario.
2. *Acto Legislativo 2 de 1993*, que adicionó el artículo 60 transitorio de la Constitución, para articular el plan nacional de desarrollo para los años 1993 y 1994 del presidente César Gaviria Trujillo.
3. *Acto Legislativo 3 de 1993*, que regularizó las suplencias en las corporaciones públicas, especialmente en el Congreso, reacomodando una práctica caracterizada como un "carrusel".
4. *Acto Legislativo 1 de 1995*, sobre presupuesto, adicionó un parágrafo transitorio al artículo 357 de la Constitución, definiendo porcentajes de participación de los municipios y distritos en los ingresos corrientes de la nación para el periodo 1996-1999.
5. *Acto Legislativo 2 de 1995*, autorizó que la conformación de las cortes marciales o tribunales militares, fuese hecha con miembros de la fuerza pública en servicio activo.
6. *Acto Legislativo 1 de 1996*, eliminó la posibilidad de crear circunscripciones electorales para diputados por parte del Consejo Nacional Electoral.
7. *Acto Legislativo 1 de 1997*, permitió la extradición de nacionales colombianos, que había sido prohibida por la Constitución de 1991.
8. *Acto Legislativo 1 de 1999*, que reformó el artículo 58 de la Constitución sobre el derecho de propiedad, suprimiendo la expropiación sin indemnización, por razones de equidad.

9. *Acto Legislativo 1 de 2000*, que cambió de nombre de la capital de la República, que de *Santafé de Bogotá*, pasó a llamarse *Bogotá*.
10. *Acto Legislativo 2 de 2000*, que dispuso que el deporte y la recreación fueran parte de la educación, incluyéndolos como "gasto público social".
11. *Acto Legislativo 1 de 2001*. Introdujo modificaciones en los artículos 347, 356 y 357 de la Constitución, sobre presupuesto, creando el *Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios*, estableciendo una metodología centralizada para la distribución de los ingresos corrientes de la nación.
12. *Acto Legislativo 2 de 2001*, consistió en una adición que hizo posible la inclusión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
13. *Acto Legislativo 1 de 2002*, que introdujo algunas modificaciones sobre la nacionalidad en Colombia.
14. *Acto Legislativo 2 de 2002*, que modificó parcialmente los artículos 299, 303, 312, 314, 318 y 323 de la Constitución, extendiendo de 3 a 4 años, el periodo de gobernadores, alcaldes y concejales, disponiendo además que el periodo de alcaldes y gobernadores es institucional y no personal.
15. *Acto Legislativo 3 de 2002*, que introdujo modificaciones al régimen de la Fiscalía General de la Nación, el establecimiento de un sistema acusatorio "puro" y de procedimientos orales en la jurisdicción penal.
16. *Acto Legislativo 1 de 2003*, primera reforma política estructural. Modificó el régimen electoral y de partidos en Colombia, introduciendo el régimen de bancadas, el voto preferente, los umbrales electorales y la cifra repartidora entre otros. Parlamentarizó la actividad política en Colombia y dio nacimiento a partidos políticos de la coalición de Álvaro Uribe, con numerosos miembros que fueron condenados por paramilitarismo.
17. *Acto Legislativo 2 de 2003*, contuvo el "Estatuto Antiterrorista" de Álvaro Uribe, que institucionalizaba la violación de los derechos fundamentales a la intimidad, la libertad personal, la libertad de locomoción, con la supresión de la reserva legal y la reserva judicial para capturas e intercepción de comunicaciones. Adicionalmente, otorgaba funciones de policía judicial a los miembros del Ejército. Afortunadamente fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de 2004,[15] por vicios de procedimiento en su formación.
18. *Acto Legislativo 1 de 2004*, corresponde al único referendo constitucional hecho en Colombia, que modificó de modo intrascendente el artículo 122 de la Constitución sobre "pérdida de derechos políticos".
19. *Acto Legislativo 2 de 2004*, que estableció la reelección presidencial en Colombia.
20. *Acto Legislativo 1 de 2005*, introdujo modificaciones en el régimen pensional y en los derechos sociales, suprimiendo beneficios. Implica el tránsito del sistema pensional del derecho público hacia el derecho privado, con la entrega de los dineros de la seguridad social a los grupos económicos.

[15] Sentencia C-816 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.

21. *Acto Legislativo 2 de 2005*, por el que se otorgaban facultades al Presidente para reglamentar la circunscripción electoral internacional para Cámara de Representantes prevista en el artículo 176 de la Constitución.
22. *Acto Legislativo 3 de 2005*, este acto legislativo modificó el anterior sobre la materia y también quedó mal confeccionado.
23. *Acto Legislativo 1 de 2007*, que extendió la figura de la moción de censura de los Ministros, a los Superintendentes y los Directores Administrativos, así como a los secretarios de los despachos del Gobernador y del Alcalde.
24. *Acto Legislativo 2 de 2007*, que establecía nuevos distritos en las ciudades de Buenaventura, Tumaco, Tunja, Popayán, Turbo y Cúcuta. Fue declarado parcialmente inexequible por medio de la Sentencia C-033 de 2009.[16] Como balance final, fueron creados dos nuevos distritos, los de Tumaco y Buenaventura.
25. *Acto Legislativo 3 de 2007*, que fijó en 45 el número de miembros del Concejo de Bogotá Distrito Capital.
26. *Acto Legislativo 4 de 2007*, por el que fueron nuevamente reformados los artículos 356 y 357 de la Constitución sobre el Sistema Nacional de Participaciones, centralizando todo el manejo del presupuesto de la nación.
27. *Acto Legislativo 1 de 2008*, que modificaba el artículo 125 de la Constitución, desarticulando el régimen de carrera administrativa en Colombia. Esta reforma fue declarada inexequible por medio de la Sentencia C-588 de 2009, por ser una sustitución y no una reforma de la Constitución.[17]
28. *Acto Legislativo 1 de 2009*, segunda reforma política estructural. Introdujo ajustes y modificaciones a la anterior del Acto Legislativo núm. 1 de 2003, permitiendo "por una sola vez" el transfuguismo político, acentuando la parlamentarización de la política y formalizando sistemas de exclusión política.
29. *Acto Legislativo 2 de 2009*, prohibió el consumo de la "dosis mínima" de narcóticos, que había sido aceptada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-221 de 1994.[18] Se trata de una reforma inane que no ha tenido aplicación.
30. *Acto Legislativo 1 de 2011*, que suprimía la inhabilidad por "conflicto de intereses" de los congresistas, permitiéndoles participar en el debate y la votación de proyectos que los beneficiaban. Fue declarado inexequible mediante Sentencia C-1056 de 2012.[19]
31. *Acto Legislativo 2 de 2011*, esta reforma constitucional suprimió la Comisión Nacional de Televisión, que se había convertido en un foco de irregularidades.
32. *Acto Legislativo 3 de 2011*, modificatorio de los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución, dando lugar a la "regla fiscal", el principio de sostenibilidad

[16] Sentencia C-033 de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[17] Sentencia C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[18] Sentencia C-221 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[19] Sentencia C-1056 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

fiscal y el "incidente de Impacto Fiscal", destinado a cuestionar las sentencias judiciales cuando éstas impliquen gasto público.

33. *Acto Legislativo 4 de 2011*, fue un nuevo ataque a la carrera administrativa mediante la inclusión de un artículo transitorio. La Corte constitucional lo declaró inexequible por medio de la Sentencia C-249 de 2012.[20]
34. *Acto Legislativo 5 de 2011*, mediante esta reforma se suprime el Fondo Nacional de Regalías y se crea el Sistema General de Regalías, que le permite al gobierno distribuir los dineros que antes le pertenecían a las regiones.
35. *Acto Legislativo 6 de 2011*, que extiende al Vicefiscal y a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, la competencia para acusar a altos funcionarios del Estado.
36. *Acto Legislativo 1 de 2012*, también llamado "marco jurídico para la paz", que incluyó el artículo 66 transitorio, como fundamento inicial de la negociación con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).
37. *Acto Legislativo 2 de 2012*, introducía reformas al fuero militar, utilizando categorías del derecho internacional humanitario, de modo que las acciones desplegadas en combate fueran siempre de competencia de la justicia militar. Ese mecanismo de impunidad fue inicialmente declarado inexequible por la Sentencia C-740 de 2013.[21]
38. *Acto Legislativo 1 de 2013*, trata de enmendar las manipulaciones de los actos legislativos 2 y 3 de 2005 sobre circunscripción electoral de residentes en el exterior. Adicionalmente introduce reglas a efectos de adecuar el crecimiento de la población con las cifras utilizadas para la asignación de las curules.
39. *Acto Legislativo 1 de 2015*, reproduce parcialmente el Acto Legislativo 2 de 2012 sobre fuero militar, propiciando la impunidad de crímenes bajo el uso de categorías del derecho internacional humanitario.
40. *Acto Legislativo 2 de 2015*, fue llamado de "equilibrio de poderes" e incluyó diversas normas sobre supresión de la reelección presidencial y de otros altos cargos públicos, la eliminación parcial de la "puerta giratoria", es decir, de la práctica que permite a los magistrados pasar de un alto tribunal a otro; y la creación de algunas instituciones en el Poder judicial, que fueron declaradas inconstitucionales.
41. *Acto Legislativo 1 de 2016*, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, que consiste en cuatro artículos transitorios de la Constitución, que permitirán la implementación del acuerdo firmado por el Presidente de Colombia y las FARC en Cartagena de Indias el 26 de septiembre de 2016.

[20] Sentencia C-249 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[21] Sentencia C-740 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

V. El reformismo constitucional. Hipótesis explicativas

Se llama reformismo constitucional a una práctica institucionalizada, que consiste en introducir modificaciones sucesivas a la Constitución.

Cuando menos en su origen, las Constituciones escritas fueron pensadas y eventualmente diseñadas para durar en el tiempo. En este sentido si bien preveían cláusulas y procedimientos de reforma, el ideal estaba en que no fuesen modificadas en el corto plazo y que si se introducían modificaciones, éstas fuesen las estrictamente necesarias para adaptar el texto constitucional a los tiempos de su aplicación. Bien decían los señores de *El Federalista*, que no se reformara mucho la Constitución y que los llamamientos al pueblo para su reforma fueran ocasionales, pues es necesaria "esa veneración que el tiempo presta a todas las cosas y sin la cual es posible que ni los gobiernos más sabios y libres posean nunca la estabilidad necesaria".[22] El caso clásico de Constituciones que duran y no se modifican está en la Constitución Federal de Bonn, que no ha sido modificada, o la Constitución de España, expedida en 1970, a la que tan sólo le han sido introducidas dos reformas constitucionales, una relacionada con el ingreso en la Unión Europea, y otra con la deuda pública con China. Del otro lado se tienen las Constituciones que se reforman con distinta intensidad. Como reformista de baja intensidad puede ser caracterizada la Constitución de Estados Unidos, y como Constituciones reformistas de alta intensidad se tendrían las de México, Colombia y Brasil, en las que el reformismo ha establecido dinámicas propias, instaurando una forma de vida constitucional.

El hecho del reformismo permitiría la formulación de preguntas tales como ¿cuándo deben hacerse las reformas institucionales?, o ¿qué tantas reformas constitucionales deben ser introducidas en un sistema? Aquí no van a ser respondidas esas preguntas, pero serán enunciadas algunas hipótesis explicativas del reformismo, que ofrecerían un marco de referencia para la respuesta de aquellas cuestiones.

1. *El reformismo constitucional bajo la idea de progreso y desarrollo. El constitucionalismo liberal*

Una idea básica de la modernidad es la de progreso. La libertad, los derechos y sobre todo la educación, harían mejores a los hombres y a sus instituciones, desde el uso de sus propias facultades. De este modo la civilización (para el caso, la civilización europea), iría en la senda del mejoramiento progresivo de su comunidad política, en el escenario del naciente Estado y sus naciones soberanas.

El constitucionalismo liberal tuvo lugar en la modernidad, y su idea de Constitución está vinculada al establecimiento de poderes e instituciones insertos en el programa del progreso institucional dentro de un Estado. Durante el siglo XX lati-

[22] Hamilton, Madison, Jay, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 215.

noamericano la idea del progreso fue vinculada a la de desarrollo y dentro de esta perspectiva la pregunta acerca de ¿cuándo debe ser reformada una Constitución? tenía una respuesta unitaria: la Constitución debe ser reformada, cuando resulte necesario para adaptar sus enunciados a los cambios que hayan traído los tiempos, siempre que éstos resulten adecuados al progreso y al desarrollo nacional.

El discurso del desarrollo fue traído a América Latina durante la segunda mitad del siglo XX, y fue establecido como un programa político e institucional, que estaría presente en las Constituciones de los países de la región y en las reformas que se introdujeron en ellas. Escobar identifica como elementos centrales del discurso del desarrollo los siguientes:[23] la creencia en el papel de la modernización como única fuerza capaz de destruir supersticiones y relaciones vistas como arcaicas; la industrialización y la urbanización, presentadas como las rutas deseables hacia la modernización; la idea de que sólo el desarrollo material podría traer el progreso social, cultural y político; y desde allí, el capital como elemento central, materializado en la creencia, aún mantenida, de que la inversión del capital y sus elementos concurrentes (tales como la tecnología, la política fiscal y la monetaria, la industrialización, el desarrollo agrícola industrial y el intercambio), son la única vía para el crecimiento económico y el desarrollo.

Bajo la anterior comprensión, las reformas constitucionales no son más que el vehículo jurídico institucional que permitiría el acceso a las condiciones de progreso y desarrollo que necesitan las naciones, especialmente si son "pobres" y "subdesarrolladas" como las de América Latina.

2. *El reformismo constitucional como mecanismo de contrarreforma*

En general las Constituciones de los países de América Latina son bastante hegemónicas. Como anota Maquartdt, si bien el siglo XIX latinoamericano presenta la profusión de un gran número de Constituciones, en la práctica las mismas tenían un mismo modelo de base (las Constituciones francesas de finales del siglo XVIII) y giraron alrededor de los mismos problemas.[24] Fue sólo con ocasión de Constituciones liberales progresistas, que el reformismo constitucional pudo haber aparecido como mecanismo de contrarreforma.

En el caso de Colombia esta hipótesis fue formulada por Valencia en un texto publicado en 1987, cuatro años antes de la Constitución de 1991, cuando el autor examinaba las dinámicas del constitucionalismo, de cara a una Constitución supuestamente estable como lo habría sido la Constitución de 1886, vigente durante 105 años.

Este autor identifica varias características del constitucionalismo de la región, el reformismo constitucional es una de ellas. En primer lugar estaría *el republicanismo*, entendido como adhesión a la democracia simplemente representativa y a la

[23] Escobar, Arturo, *La invención del desarrollo*, Ed. Universidad del Cauca, 2012, pp. 89-106.

[24] Marquart, Berndt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, Bogotá, Ibáñez, Grupo de Investigación Constitucionalismo Comparado, 2016.

teoría de la representación política bajo el fundamento de la soberanía nacional; en segundo término se tendría *el presidencialismo*, y más precisamente, el presidente latinoamericano, rasgo típico de la región, autócrata y populista, presente en todas las instituciones y pasajes de la vida nacional; el *confesionalismo*, asumido como herencia de la presencia española y de haber asumido la conquista como una empresa económica y religiosa, muy vinculada a las instituciones políticas, hasta el punto de haber impedido la plena asunción del Estado laico, bajo la influencia inicial de la Iglesia católica, hoy incrementada por la presencia de cientos de iglesias cristianas de diversa laya; y la presencia de las *libertades públicas*, enunciadas en los textos constitucionales del siglo XIX y mantenidas en la actualidad, recientemente acompañadas de mecanismos de protección como el amparo, en el intento de superar el carácter simplemente nominal de los derechos.

El *reformismo constitucional*, como quinto rasgo, es presentado como un suceso normativo de regresión y de apropiación por las élites, de los progresos sociales o políticos que pudieron ser alcanzados en algún momento. Dentro de esta comprensión, afirma Valencia, "el reformismo constitucional opera como una eficaz estrategia de autolegitimación a través de la cual los sectores dominantes han intentado crear un consenso y han logrado prevenir un cambio. En efecto, la recurrente apelación del establecimiento al constitucionalismo como un remedio para todos los males ha sido un esfuerzo permanente por contener y disolver la insurgencia de los sectores populares y periféricos de la sociedad, preservar y asegurar los intereses de los estratos superiores y centrales de la pirámide social y, en últimas, conferir a todo el sistema una apariencia de legitimidad y racionalidad".[25] Dentro de esta perspectiva las reformas constitucionales son modos de regresión, que renuevan las formas de dominio institucional.

Este modo de entender el reformismo puede ser conjugado con la tesis de Boaventura Sousa, para quien el reformismo constitucional materializa la consumación de un contrato social a la vez simbólico y restringido, en el que finalmente son excluidos gruesos sectores de la población y minimizados los mecanismos de efectividad de importantes rasgos de la ciudadanía (diversidad, participación, las garantías y la tutela judicial efectiva de los derechos, entre otros).[26]

3. *El reformismo constitucional como apropiación del poder de reforma por el poder presidencial*

De acuerdo con esta tesis, el poder de reforma no está propiamente en el Congreso, como lo dice la Constitución, sino que se encuentra en el Presidente de la República, quien ha pasado a ser propiamente el dueño de la Constitución, pues además de gobernar con ella, domina y fija el curso de sus reformas.

---

[25] Valencia, Hernando, *Cartas de batalla*, Bogotá, Panamericana Editorial, 2010, p. 62.

[26] De Sousa, Boaventura y García, Mauricio, "Colombia: El revés del contrato social de la modernidad", *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Colciencias, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre, 2001, pp. 11-85.

Las Constituciones de América Latina adoptaron el régimen presidencial, centrando alrededor del Presidente las condiciones de jefe de Estado, jefe de gobierno y director de la administración. Sin embargo, en América Latina el sistema tomó rasgos propios, hasta llegar a una forma degradada como es el presidencialismo, que se manifiesta en tres hechos propios del sistema y de los presidentes latinoamericanos: tienen concentrado el poder público del Estado; en general no asumen en concreto ninguna responsabilidad por el inadecuado o extralimitado ejercicio de sus funciones; y no les gusta entregar el poder, de modo tal, que propician toda suerte de reformas constitucionales para hacerse reelegir continuamente.[27]

Esta hipótesis señala que el reformismo constitucional puede ser entendido como la apropiación presidencial del poder de reforma, en tanto que en términos reales, las reformas constitucionales habrían dejado de ser un asunto del dominio de la Cámara de Diputados o del Congreso de la República, para ser en la realidad, un asunto que es manejado por el Presidente, en la medida en que éste radica el proyecto de reforma, se lo aprueba su bancada parlamentaria o la coalición que lo apoya y, finalmente, cuando menos en Colombia, desde el novedoso suceso de la sanción de los actos legislativos, efectúa la revisión de lo que sus parlamentarios aprobaron, a efectos de verificar que corresponda a lo que él quería.

Desde esta perspectiva, el poder de reforma no estaría propiamente en el Congreso o en la Cámara de Diputados, como lo dice la Constitución, sino que se encontraría en el Presidente de la República, quien habría pasado a conducir el curso de las reformas constitucionales.

4. *El reformismo constitucional como dinámica propia del constitucionalismo actual*

Si se atiende al contenido de las anteriores propuestas de comprensión del reformismo se tendría que la primera de ellas pasaría por ingenua, al pensar que las reformas han sido hechas para el progreso y desarrollo de los países, siendo que tales reformas son hechas por agentes políticos, que representan intereses de gremios y empresarios, respecto de los cuales el bien común es apenas uno entre muchos otros. La segunda propuesta es realista y un poco pesimista, en el sentido de entender que los poderes de la reforma siempre son regresivos y que el aparato que los inspira es el de la dominación, el de la continuidad de los poderes hegemónicos, o el de imposición de los poderes oligárquicos, con exclusión de los intereses populares y de la participación popular. Finalmente, la tercera propuesta señala una falla en el sistema institucional de los Estados en América Latina, al haber construido una figura tan poderosa como el presidente latinoamericano, hasta el punto de erigirse en titular no sólo de los poderes que directamente le otorga la Constitución, sino también

[27] Este hecho es fácil de probar. Basta recordar los nombres de Alberto Fujimori en Perú, Álvaro Uribe en Colombia, Daniel Ortega en Nicaragua, Hugo Chávez en Venezuela, Saúl Menem en Argentina, Rafael Correa en Ecuador, Evo Morales en Bolivia, Leonel Fernández en República Dominicana y tantos otros de la misma laya.

de los poderes de reforma de la Constitución, directamente o por intermedio de sus cercanos, como dueños de la administración, del poder político, y ahora, del poder de reforma de las Constituciones.

Sin embargo cabría pensar el reformismo constitucional como un rasgo propio, involuntariamente asumido, que en su despliegue muestra una dinámica propia, que hace que cada caso deba ser examinado desde los elementos internos de sus propias reformas. Piénsese el caso de una Constitución relativamente estable como la de Perú. Si se fuese a examinar los rasgos de dicho constitucionalismo, la tarea tendría que partir del dato de la estabilidad o la normalidad constitucional, y en este sentido, el diagnóstico de su evolución debería hacerse más desde lo que permanece que desde lo que ha cambiado, y la dinámica del reformismo sería un dato que aportaría muy poco, pues allí el reformismo constitucional no es una variable significativa.

Por el contrario, en sistemas con reformas de alta intensidad como México y Colombia, la dinámica del reformismo aporta los elementos para su propio análisis, en tanto que pueden ser identificados y asumidos criterios de evaluación propios a las dinámicas del reformismo, que resulten útiles para el análisis. De este modo pueden ser asumidos criterios relevantes relacionados con las respuestas que puedan ser dadas a las siguientes preguntas: ¿qué tanto han sido reformadas esas Constituciones?, ¿cuáles han sido los temas recurrentes o las instituciones más reformadas?, ¿cuál ha sido la periodicidad o la frecuencia de las reformas?, ¿qué tipo de relación hay entre el número de reformas y los presidentes del país?, ¿cuál ha sido la estructura formal de esas reformas, abarcan aspectos puntuales o estructurales?, y en el plano instrumental, las reformas introducidas ¿reglamentan la Constitución?, ¿escalonan las formas normativas?, ¿la vuelven más o menos operativa?

La idea que está en la base de esta propuesta es la siguiente: las reformas introducidas a la Constitución y la manera de hacerlas, pueden aportar información acerca del tipo de constitucionalismo al que se asiste y al modo como eventualmente se desenvolverá en el futuro.

VI. Las dinámicas del reformismo constitucional en México y Colombia

Esta quinta sección examina el modo como el reformismo constitucional se ha venido desarrollando en México y Colombia, hasta erigirse en una forma de vida constitucional.

1. *Las dinámicas del reformismo constitucional en México*

El 84.5% de los artículos originales de la Constitución han sido modificados un promedio de cinco veces cada uno. De los 579 párrafos originales, ahora tenemos 1 562, lo que representa un aumento del 169%. De sus 22 000 palabras originales,

actualmente son más de 60 000, lo que representa una diferencia de 174.60% con el texto original.

A la fecha, la Constitución ha sufrido un total de 699 reformas. Sólo 21 de sus 136 artículos no han sido modificados, de modo que sólo el 15.4% del texto constitucional permanece tal como se redactó en 1917.[28]

El presidente que más la ha reformado es Enrique Peña Nieto (2013-2016), con 145 modificaciones a los preceptos constitucionales. Una de cada cuatro reformas en la historia de la Constitución mexicana es suya. Su inmediato seguidor es Felipe Calderón (2006-2012), quien aprobó 110 modificaciones y luego Ernesto Zedillo (1994-2000) con 77.

En sólo un año Enrique Peña Nieto ha reformado la Constitución más de lo que el 56% de los presidentes mexicanos lo hicieron durante todo su mandato. De Lázaro Cárdenas (1934-1940) a Gustavo Díaz Ordaz (1964-1970) nadie modificó la Constitución en seis años más de lo que Peña Nieto lo ha hecho en sólo uno; tan sólo en enero de 2016 se aprobaron 52. El actual periodo presidencial (2012-2018) aún no concluye y ya representa el 21.19% de todos los cambios que la Constitución ha experimentado en sus 99 años de vida.

En términos generales, los años con mayor número de reformas han sido 1993, 1994, 2011, con 31 reformas aprobadas por año, y 2016. El trabajo legislativo realizado en estos años equivale a cuatro veces el trabajo legislativo realizado entre 1945 y 1961.

Muchas de esas reformas se han concentrado en pocos artículos: tan sólo el artículo 73 ha sido reformado 75 veces, lo que equivale a modificarlo más de una ocasión cada dieciocho meses. El artículo 123 se modifica en promedio cada tres años y el 27 cada cuatro. Lo anterior representa que tan sólo 10 artículos (de los 136 que conforman la Constitución mexicana) representan el 33% de todas las reformas constitucionales en los últimos 99 años.[29]

2. *Las dinámicas del reformismo constitucional en Colombia*

La Constitución de 1991 ha sido reformada con intensidad desde los comienzos de su vigencia y en la dimensión simplemente temporal, pueden ser identificados tres periodos o etapas, dos de los cuales coinciden con los periodos de reelección presidencial. El primer ciclo reformista iría de 1991 hasta 2000, correspondería a las presidencias de César Gaviria (1990-1994), Ernesto Samper (1994-1998) y la primera parte de la administración de Andrés Pastrana (1998-2002) y registra como acontecimiento la expedición de diez reformas constitucionales que pueden ser caracterizadas como secundarias y hasta anodinas. Si bien algunas de ellas se ocuparon de temas importantes como la extradición de nacionales colombianos, las

[28] Los artículos que no han sido reformados son el 8, 9, 12, 13, 23, 38, 39, 47, 50, 57, 64, 68, 80, 81, 86, 91, 118, 126, 128, 129, 132 y 136.

[29] Estos artículos son los que han sido mayormente reformados: 73, 123, 27, 74, 89, 107, 76, 79, 115, 4, 122, 94 y 105.

cortes militares o suprimir la expropiación sin indemnización, en últimas se trató de modificaciones insulares y de baja intensidad y trascendencia.

El segundo ciclo reformista abarca toda la década de 2000. Comienza durante la segunda parte de la presidencia de Andrés Pastrana, con la modificación de las reglas que distribuyen el presupuesto general de la nación (Acto legislativo 1 de 2001) y va hasta 2010, cuando finalizan los dos periodos presidenciales de Álvaro Uribe (2002-2006 y 2006-2010), etapa que registra 19 reformas constitucionales, la mayoría de las cuales van a operar sobre temas decisivos, como la distribución de los recursos públicos, la supresión de las garantías constitucionales, la reelección presidencial, el régimen del Congreso y los partidos políticos. Adicionalmente, un tema que venía siendo secundario se vuelve protagonista, en el sentido que las técnicas y métodos que se utilicen para reformar la Constitución van a ser decisivas, pues permitirán mayor apropiación del poder por parte del Presidente, sus simpatizantes y los grupos económicos.

Finalmente, estaría la tercera etapa, que comienza con la llegada de Juan Manuel Santos a la presidencia (periodos 2010-2014 y 2014-2018) y da lugar a 11 reformas constitucionales, siete de ellas relacionadas con temas institucionales, como pueden serlo los dineros públicos, la división de poderes o la reforma a la justicia, entre otros, y cuatro más correspondientes al proceso de paz iniciado con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), la inclusión de la justicia transicional y las reformas al fuero militar.

En el plano temático pueden hacerse varias sectorizaciones. En primer lugar debe señalarse el ataque que Álvaro Uribe realizó a los derechos y las garantías ciudadanas, que involucra la expedición del Acto legislativo 2 de 2003, "Estatuto antiterrorista", que minimizaba los derechos a la intimidad, libertad personal, inviolabilidad de comunicaciones e inviolabilidad del domicilio; la afectación del derecho a la pensión de los colombianos, por medio del Acto legislativo 1 de 2005; el intento de destrucción del régimen de carrera administrativa en el servicio público (Acto legislativo 1 de 2008) y la criminalización del consumo de narcóticos por vía constitucional (Acto legislativo de 2009).

Las zonas más interferidas por las reformas constitucionales son las relacionadas con el manejo de los dineros públicos (el presupuesto general de la nación), el régimen electoral y el Congreso de la República.

En lo que tiene que ver con los dineros públicos, las reformas han sido numerosas y han sido destinadas a concentrar el manejo de dichos recursos en la Presidencia, el Ministerio de Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación, erosionando el principio de descentralización, que fue uno de los elementos inspiradores de la Constitución de 1991, en un intento por que las regiones manejaran autónomamente sus recursos y no que se los manejaran desde Bogotá. Dentro de esta línea deben registrarse las modificaciones sucesivas de los artículos 356 y 357 de la Constitución y de otros concurrentes. Así, por medio del Acto legislativo de 1997 se modificó el "situado fiscal", que era la metodología inicial de distribución de esos recursos. Luego vendría la creación del Sistema Nacional de Participaciones por medio del Acto legislativo 1 de 2001, que continuaría en la ruta

de concentración del poder presidencial sobre los dineros públicos, hasta llegar al Acto legislativo 4 de 2007, que perfeccionó dicho proceso. Posteriormente y durante la administración de Santos serían expedidas dos reformas fuertes: el Acto legislativo 3 de 2011, que introduciría tres figuras destinadas a neutralizar el alcance de las decisiones judiciales: la regla fiscal, el principio de sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal; y el Acto legislativo 5 de 2011, que instalaría el Sistema Nacional de Regalías, con el que la administración central terminó de apropiarse de los recursos de las regiones, especialmente los derivados del petróleo y la minería.

El régimen electoral es otro de los temas objeto de intervención. Diez reformas constitucionales tienen que ver con el sistema electoral. La más importante es el Acto legislativo 1 de 2003, primera reforma política estructural, promovida por Uribe, que modificó los elementos centrales del sistema electoral colombiano, entre ellos, los siguientes: el régimen de partidos (nacimiento, reconocimiento, financiación, inscripción de listas), dando lugar al nacimiento de numerosos partidos nuevos, seguidores de Uribe, conformados por sujetos que posteriormente serían condenados por paramilitarismo, por concierto para delinquir; la metodología para contabilizar los votos y distribuir los escaños o curules en los órganos de representación (para el efecto se introdujo la "cifra repartidora"); el sistema de elaboración de listas de candidatos, bajo las modalidades de la lista única cerrada y la lista única con voto preferente; las reglas sobre campañas electorales, el "umbral" electoral y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. La segunda modificación fuerte está contenida en el Acto legislativo 2 de 2004, que permitió la reelección presidencial, trayendo una gran inestabilidad al sistema político, que aún se padece. En tercer lugar deben registrarse las reformas sucesivas del artículo 176 de la Constitución, que prevé la circunscripción electoral de colombianos residentes en el exterior, que dio lugar a los actos legislativos 2 y 3 de 2005 y al Acto legislativo 1 de 2013, que finalmente ajustó el asunto. Adicionalmente, en el periodo de Santos fue expedido el Acto Legislativo 2 de 2015, llamado de equilibrio de poderes, que introdujo reformas en el Congreso, el régimen electoral y la administración de justicia.

El tercer gran motivo de las reformas es el Congreso de la República, en atención al gran desprestigio que tiene, bajo cargos de corrupción y por señalamientos de no guiarse por los intereses ciudadanos, sino por intereses egoístas, gremiales o de empresarios. Dentro de esta perspectiva fue suprimida la figura de las suplencias, se fortaleció el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se introdujo el sistema de bancadas y fue modificado el sistema de sanciones, con inclusión de la figura de la "silla vacía", de modo tal que los partidos pierdan la curul o el escaño en los casos de declaratoria de responsabilidad penal del parlamentario.

Finalmente, deben hacerse algunas anotaciones acerca de la manera como se han hecho las reformas constitucionales. Este era un tema tranquilo hasta la llegada de Uribe, quien introdujo un modo perverso de hacer las reformas. En general se trató de modificaciones de alta intensidad, en zonas específicas de la Constitución, realizadas bajo el siguiente esquema:

- En primer lugar, no se modificaban las normas existentes, sino que se les adicionaba texto. En este sentido quedaba la apariencia de que se respetaba la Constitución y que simplemente se introducían nuevos textos para mejorarla.
- Hecha la adición normativa, se escalonaba y erosionaba el derecho, en el sentido de anunciar, que "una ley estatutaria establecería la manera como…", con lo cual la norma constitucional perdía poder y fuerza vinculante, al quedar legalizada, sometida a lo que dijera la ley. Adicionalmente la remisión de la materia al Congreso se hacía de modo tendencioso, en el sentido de otorgarle un plazo para la expedir la ley, que en general era insuficiente.
- Ahora bien, Si el Congreso no expedía la ley dentro del mínimo tiempo que le había sido otorgado, entonces el acto legislativo disponía facultar al Presidente para que expidiera la legislación por medio de un decreto. De este modo, el Presidente se apropiaba de todo el derecho relacionado con la reforma constitucional y reducía su contenido a lo que finalmente establecieran sus decretos.
- El mecanismo lograba adicionalmente erosionar el control constitucional sobre la reforma, especialmente sobre los decretos presidenciales, pues ni la Constitución ni la Ley 5 de 1992 preveían la existencia de esa clase de decretos habilitados, ni la competencia directa de la Corte Constitucional para su control.

VII. Conclusiones

Al integrar lo dicho en las líneas anteriores, se pueden establecer las siguientes conclusiones.

En primer lugar existe una relación muy estrecha entre la profusión de reformas constitucionales y los usos intensivos del poder presidencial, de modo tal que, como lo plantea una de las hipótesis explicativas del reformismo, el número de reformas constitucionales pone de manifiesto la concentración del poder político y jurídico en el Presidente como jefe de Estado y como jefe de gobierno, hasta el punto de suceder la apropiación real del poder de reforma constitucional, de tal manera que se verterá en las reformas lo que el Presidente desea y no lo que el poder de reforma decide.

Dentro de esta perspectiva cobra sentido la advertencia hecha en este artículo, conforme a la cual no se trata de la operación del "poder constituyente secundario", como lo afirmaba la lectura tradicional, sino del poder de reforma dispuesto alrededor de la figura del presidente.

En segundo término debe registrarse que con el hecho de las continuas reformas constitucionales, el constitucionalismo mexicano y el colombiano se inscriben en la tendencia latinoamericana de tener Constituciones extensas, como lo evidencian los

casos recientes de la Constitución de Ecuador de 2008 y la Constitución de Bolivia de 2009. Adicionalmente el reformismo modifica la idea tradicional, que concebía a las Constituciones como textos integrados por enunciados generales de mediana extensión, hasta convertir las cartas políticas en códigos o en reglamentos constitucionales, en el sentido de asistir a la introducción de definiciones, procedimientos, reglamentos y numerosas reglas particulares, que históricamente fueron destinadas a las leyes y no a las Constituciones.

Finalmente, y como elemento central, debe señalarse que la dinámica del reformismo constitucional instala un modo de vida constitucional, en el sentido que los usuarios de la Constitución acomodan sus prácticas, conocimientos, debates y comprensiones a un texto que tiene duración (de hecho la Constitución de México es de las más longevas, como ya se mencionó), y que permanece en la medida de sus múltiples cambios, como en la instalación de un régimen de provisionalidad que se mantiene y se proyecta en el tiempo, como forma institucional, lo que era impensable en los márgenes de comprensión tradicional del constitucionalismo de la modernidad.

VIII. Bibliografía

Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 2013.

De Sousa, Boaventura y García, Mauricio, "Colombia: El revés del contrato social de la modernidad", *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Colciencias, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre, 2001.

De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991.

Escobar, Arturo, *La invención del desarrollo*, Ed. Universidad del Cauca, 2012.

Fioravanti, Mauricio, *Constitución. Desde la antigüedad hasta nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.

Löewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964.

Hamilton, Madison, Jay, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

Marquart, Berndt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, Bogotá, Ibáñez, Grupo de Investigación Constitucionalismo Comparado, 2016.

Pisarello, Gerardo, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014.

Quinche, Manuel, *El control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Ibáñez, Universidad Javeriana, 2014.

———, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 2015.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM, 2006.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Revista de derecho privado, 1934.

VALENCIA, Hernando, *Cartas de batalla*, Bogotá, Panamericana Editorial, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997.

LEY SUPREMA Y SISTEMA PENAL: ALGUNOS DESARROLLOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Sergio García Ramírez

Sumario: I. *Advertencia.* II. *La función penal en la Constitución.* III. *Decisiones penales fundamentales.* IV. *La "solución" normativa.* V. *Reformas a las Constituciones de 1857 y 1917.* VI. *Dispersión y concentración legislativa.* VII. *La promesa de 2012.* VIII. *Leyes generales y otras novedades.*

I. Advertencia

Este artículo se destina a la celebración colectiva de la Constitución de 1917, tarea promovida por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Me atengo al espacio autorizado a los colaboradores de la obra y al plazo señalado para la entrega de los ensayos. No pretendo ofrecer aquí una revisión original de esta materia, a la que he dedicado otros trabajos, que son el fundamento y la fuente del que ahora presento.[1] Me valdré de aquéllos —lo menciono desde luego, con énfasis— para brindar un panorama concentrado de algunos extremos del sistema constitucional previsto por las Constituciones mexicanas. En consecuencia, extraigo de ellos la información y los comentarios que ahora presento.

En esta advertencia —que explica al lector las características del presente texto, su origen, alcances y limitaciones— debo mencionar que los temas reunidos en el

[1] Aludo al artículo "El sistema penal constitucional", contenido en el tomo VII de la obra colectiva *El derecho en México: dos siglos (1810-2010)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2010, pp. 1-91, que constituye una revisión sobre el desenvolvimiento del orden penal constitucional en el periodo indicado en el título de la obra. Ese artículo ha sido actualizado y convertido en un libro, con la colaboración de los abogados Laura Martínez Breña y Eduardo Rojas Valdez, para la serie de publicaciones conmemorativas de la Constitución de 1917, a cargo del Instituto de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, bajo la dirección de la doctora Patricia Galeana. Otro trabajo del que me he valido para la elaboración del presente es mi libro *La Constitución y el sistema penal: 75 años* (*1940-2015*), México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016.

panorama se refieren sobre todo a la presencia de la materia penal en el ordenamiento constitucional, lo que he llamado las decisiones políticas fundamentales del sistema penal contenidas en la Constitución, al federalismo proyectado sobre el ordenamiento penal y a las reformas acogidas en éste a partir de 1917, que han sido numerosas y relevantes, sobre todo las expedidas en estos años de "reforma torrencial" urgida por preocupaciones sociales —convertidas en apremios políticos— a propósito de la manifiesta inseguridad pública y de las deficiencias de la justicia penal que padece la sociedad mexicana.

En este trabajo aludiré ocasionalmente a los ordenamientos constitucionales históricos, así como a planes y proyectos con los que se pretendió orientar, en el más alto peldaño normativo, el sistema penal mexicano. Dejo fuera, salvo por ocasionales menciones, los ordenamientos secundarios, tanto de los primeros años de la vida independiente —en los que persistió la normativa colonial—[2] como de la segunda mitad del siglo XIX, época en la que aparecieron, por fin, las grandes codificaciones.[3] Todavía pudo señalar Carranza ante el Constituyente de Querétaro: "El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que dejó implantada la dominación española".[4] Tampoco me internaré en los códigos y leyes especiales expedidos a partir de la reforma penal de 1931, y sobre todo, como dije, en los años recientes que se caracterizan por una insólita "fecundidad legislativa" en materia penal, que permite recordar la elocuente invocación de Zagrebelsky acerca del "legislador motorizado".[5]

II. La función penal en la Constitución

Se ha observado que en el conjunto de las relaciones entre el poder público y el individuo, presididas por la norma constitucional, sobresalen las concernientes al

[2] Se mantuvo el orden colonial: "nosotros por desgracia —expresó Valdés a la mitad del siglo XIX— no tenemos aún código alguno, y nos regimos por (las) leyes (españolas), con algunas variantes… mientras llega el día feliz en que se consume esa gran obra". Valdés, Ramón Francisco, *Diccionario de jurisprudencia criminal mexicana: común, militar y naval; mercantil y canónica; con todas las leyes especiales que rigen en la República en materia de delitos y penas*, México, Tipografía de V. G. Torres, 1850, p. 127. La legislación penal era "la más incompleta y defectuosa, y la que en mayor desacuerdo está con nuestra civilización, con nuestras costumbres y con nuestras prácticas". Roa Bárcena, Rafael, *Novísimo Sala Mexicano, o ilustración del derecho real de España*, con las notas del señor licenciado D. J. M. de Lacunza, corregida y aumentada por los señores don Manuel Dublán y don Luis Méndez, México, Imprenta del Comercio de N. Chávez, a cargo de J. Moreno, 1870, t. II, p. 6.

[3] Destaca la obra del magistrado Fernando J. Corona, que dotó a Veracruz de los códigos penal, de procedimientos penales, civil y de procedimientos civiles de 1869. Más tarde llegaron el Código Penal para la Federación y el Distrito Federal, elaborado por una comisión presidida por el ministro de Justicia del presidente Juárez, Antonio Martínez de Castro, y los correspondientes procesales, desde entonces diferentes, uno para la Federación, otro para el Distrito Federal. Sólo entonces se recibirían las disposiciones constitucionales, sistemáticamente, en ordenamientos completos que habrían de multiplicarse hasta colmar, por obra del régimen federal, el paisaje penal de la República.

[4] *Los presidentes de México ante la nación*, México, LII Legislativa, Cámara de Diputados, 1985, t. II, p. 118.

[5] *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 39.

delito, al delincuente y a las consecuencias jurídicas de la conducta ilícita, porque expresan la máxima afectación posible y admisible de los derechos y las libertades individuales.[6] El sistema penal limita la libertad, pero también "crea libertad", señala Jescheck.[7] En otros términos, aquel sistema se halla simultáneamente legitimado y acotado por los derechos del hombre.[8] La ley suprema consagra los valores y principios cuya tutela provee el sistema penal con especial acento.[9] En fin, la Constitución es el "fundamento y punto de partida" de la ley penal, que "determina las bases del *ius puniendi* y previene las garantías de seguridad jurídica".[10]

En este orden de consideraciones no podría omitir la mención de nuestros clásicos. Cesare Beccaria destacó: "En caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía y de libertad y del fondo de humanidad, o de malicia, de todas las naciones".[11] Por su parte, Manuel de Lardizábal y Uribe sostuvo: "Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran medida la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal".[12] En esta línea se inscribiría Mariano Otero, constitucionalista, politólogo, pero también conocedor y reformador del orden penal: "La legislación criminal… es a la vez el fundamento y la prueba de las instituciones sociales".[13]

La política criminal alojada en la Constitución —así sea implícitamente— posee un sustento ideológico.[14] En efecto, "tanto la dogmática como la política criminal están ligadas a ciertas ideologías".[15] Pero esa política también deriva, evidentemente, de la circunstancia que preside o rodea el precepto constitucional. El "genio" y la "figura" de las normas penales nacionales estuvieron determinados en buena medida por la violencia que caracterizó la vida ordinaria de la nación y la

---

[6] "La verdadera sanción de las leyes políticas —señaló Alexis de Tocqueville— se encuentra… en las leyes penales". *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 274.

[7] Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1982, p. 5.

[8] *Cfr.* Delmas-Marty, Mireille, "Les processus d'interaction", en Varios, *Les chemins de l'harmonisation pénale/Harmonising Criminal Law*, Delmas-Marty, Mireille *et al.* (dirs.), Lelieur, Juliette (coord.), París, Societé de Législation Comparée, 2008, p. 429.

[9] "Si el sistema penal está vinculado a la protección de intereses relevantes por exigencia constitucional, dichos intereses han de tener necesariamente un reconocimiento —más o menos explícito— en la propia Constitución". García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 43 y ss.

[10] Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2013, pp. 141-142.

[11] *De los delitos y de las penas*, estudio introductorio de Sergio García Ramírez ("Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra"), México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 226.

[12] *Discurso sobre las penas*, 1a. ed. facsimilar, México, Porrúa, 1982, p. III. El nombre completo de la obra es: *Discurso sobre las penas contraído a las Leyes Criminales de España, para facilitar su reforma.*

[13] "Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la reforma de las leyes penales", *Obras*, México, Porrúa, 1967, t. II, pp. 653-654. En esta edición de textos debidos a Otero figura un extenso y detallado estudio de Jesús Reyes Heroles.

[14] *Cfr.* Delmas-Marty, Mireille, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, París, Economica, 1983, p. 21.

[15] Moreno, Moisés, *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales-Jus Poenale, 1999, p. 474.

inseguridad que acosó a los mexicanos.[16] Violencia extrema ejercida desde el poder político[17] o por mano de los particulares, en la ciudad y en el campo, las calles y los caminos, dejando su huella en todos los afanes y explicando, con gran frecuencia, las iniciativas de los gobernantes y legisladores. Se llegó a creer que "la raíz última de la delincuencia era el carácter de los mexicanos, predispuestos a la comisión de delitos de sangre".[18]

III. Decisiones penales fundamentales

La Constitución acoge las decisiones políticas fundamentales del pueblo[19] y recibe la presencia y el mandato de los factores reales de poder[20]. Hay espacio, pues, para que éstos se expresen, en el más alto rango normativo, acerca del rumbo penal del Esta-

[16] De dicha violencia e inseguridad hay diversos testimonios, como el de José María Figueroa, quien en 1840, en su carácter de presidente del Congreso, señaló: "Son tan notorios cuanto graves los males que afligen á la Nación: un Erario empobrecido, costumbres cada día más depravadas, inseguridad de bienes y de la vida en un país infestado de bandidos, y al lado de esta calamidad una general miseria". *Los presidentes de México*…, *cit.*, t. II, p. 210.

[17] Diversas etapas de nuestro país fueron marcadas por esta violencia política. Así, por ejemplo, en el testimonio que Porfirio Díaz concedió a James Creelman, aparecido en el *Pearson's Magazine* en marzo de 1908, encontramos una ventana hacia el empleo que su gobierno hizo del aparato penal: "Empezamos —reveló a Creelman— castigando el robo con pena de muerte y apresurando la ejecución de los culpables en las horas siguientes de haber sido aprehendidos y condenados. Ordenamos que donde quiera que los cables telegráficos fueran cortados y el jefe del distrito no lograra capturar al criminal, él debería sufrir el castigo; y en el caso de que el corte ocurriera en una plantación, el propietario, por no haber tomado medidas preventivas, debería ser colgado en el poste de telégrafo más cercano. No olvide usted —señala el "guía y héroe del México moderno"— que éstas eran órdenes militares". "Éramos duros —prosigue Díaz en esta entrevista, que tiene no poco de testamento—. Algunas veces, hasta la crueldad. Pero todo esto era necesario para la vida y el progreso de la nación. Si hubo crueldad, los resultados la han justificado con creces… Fue mejor derramar un poco de sangre, para que mucha sangre se salvara. La que se derramó era sangre mala, la que se salvó, buena". *Entrevista Díaz-Creelman*, México, UNAM, Instituto de Historia, 1963, p. 18.

[18] *Cfr.* González Navarro, Moisés, *La vida social*, en Cosío Villegas, *Historia moderna de México. El porfiriato*, México, Hermes, 1970, p. 420. Una de las comisiones que intervino en la redacción de la Constitución de 1917, consideró que la "pobreza de carácter moral de la mayoría de las masas que habitan en la República, que carecen de sólida educación civil, traduciéndose en disposición a la criminalidad, nos aleja de la situación en que se encuentran excepcionales pueblos, en donde por permitirlo su grado de cultura, la elevación de la mayoría de los espíritus, los medios represivos y preventivos con que cuentan esos países, se ha podido suprimir la pena de muerte". Ceniceros, José Ángel y Garrido, Luis, *La ley penal mexicana*, México, Botas, 1934, p. 131. Asimismo, *cfr*. Speckman Guerra, Elisa, *Del tigre de Santa Julia, la princesa italiana y otras historias. Sistema judicial, criminalidad y justicia en la Ciudad de México (siglos XIX y XX)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014, p. 26.

[19] *Cfr.* Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, pp. 27-29. Al respecto, Fix-Zamudio y Valencia Carmona mencionan que esas decisiones imprimen a las leyes supremas una configuración singular, ya que en ellas se incorporan los valores políticos que una comunidad nacional adopta en un momento histórico determinado. *Cfr. Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 2005, pp. 53 y ss.

[20] *Cfr.* Lasalle, Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, México, Colofón, 1990, pp. 41-42.

do: el empleo de la facultad de prevenir y castigar; y lo hay para que, en el marco de las decisiones políticas de mayor enjundia, se trabaje —también desde la perspectiva constitucional— sobre las referidas decisiones penales fundamentales,[21] esto es, la misión del sistema penal, la selección del delito (tipificación), del delincuente, de la consecuencia jurídica de aquél, volcada sobre éste (penalización), del método para establecer la existencia de delito y delincuente y aplicar la consecuencia (enjuiciamiento, *lato sensu*), y del régimen de ejecución de penas y medidas.[22]

Esa es la agenda del poder punitivo del Estado, que esboza, avanza o detalla la ley fundamental.[23] Para ello se vale de los "personajes" del escenario penal: desde policías y gendarmes hasta carceleros y verdugos, pasando por fiscales y tribunales. La materia penal constitucional puede ser analizada desde esa múltiple perspectiva, para fijar el programa punitivo oficial: proyecto, norma y actores, y acreditar la condición democrática o autoritaria que se impone a una sociedad o que ésta acepta, con deliberación o por inadvertencia.[24]

No existe un "capítulo penal" en la Constitución mexicana. El tema aparece en series de normas, que recogen el conjunto de las cuestiones de las que se deduce el "sistema penal constitucional"[25] —o bien, que reciben las ideas penales del

---

[21] Al respecto, *cfr.* García Ramírez, "Panorama de la justicia penal", en Varios, *La ciencia del derecho durante el siglo XX,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 718 y ss.; "Los derechos humanos en la persecución penal", *Temas y problemas de la justicia penal,* México, Seminario de Cultura Mexicana, 1996, pp. 83 y ss. Asimismo, *cfr.* "Crimen y prisión en el nuevo milenio", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004, pp. 547-595; "Reflexiones sobre democracia y justicia penal", en Varios, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam,* Nieto Martín, Adán (coord.), Ciudad Real, España, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha-Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, vol. I, pp. 299 y ss.

[22] "Seleccionamos… las conductas a las que denominaremos delitos: las ilícitas, graves o leves, pocas o muchas, que llevarán durante algún tiempo —o por todo el tiempo: los delitos "naturales"…— el rótulo de crímenes. Seleccionamos, no menos, las sanciones, consecuencias jurídicas de los delitos cometidos, en las que se expresa la sagacidad moral y política del Estado que administra los castigos, hoy en nombre del pueblo. Seleccionamos la forma de ejecutar aquéllos: si en el estrépito de la plaza pública o en la discreción del cautiverio: castigos clamorosos o castigos silenciosos; extroversión o introversión de las penas". García Ramírez, "Estudio introductorio", en Howard, John, *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, estudio introductorio de Sergio García Ramírez, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 9 y 10.

[23] *Cfr.* García Ramírez, "Panorama de la justicia penal", *cit.*, pp. 718 y ss., y "Los derechos humanos en la persecución penal", *cit.,* pp. 83 y ss.

[24] Al lado de la norma fundamental se expiden normas secundarias en las que también se observan los tintes democráticos o autoritarios del programa punitivo oficial. En diversos momentos de la historia de nuestro país se ha apelado a las circunstancias imperantes para hacer ver la necesidad de legislar en materia penal. Así, por ejemplo, al referirse a los trabajos del Congreso en 1825, se llegó a afirmar que se "ha examinado detenidamente los varios y complicados proyectos que se han presentado a su deliberación… para expedir tan pronto como lo han exigido los clamores públicos y las imperiosas circunstancias de la necesidad, la ley para exterminio de ladrones, cuyos benéficos efectos se palpan ya visiblemente". "Contestación de José Manuel Zozaya al general Guadalupe Victoria, al cerrar las sesiones extraordinarias, el 19 de diciembre de 1825". *Los presidentes de México…*, *cit.*, t. I, p. 42.

[25] *Cfr.* García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1989, pp. 60-61; *Los derechos humanos y el derecho penal*, México, Porrúa, 1988, pp. 49 y ss., y "La 'cuestión penal' en la Constitución", en Varios, *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Fernández Segado, Francisco

Constituyente y las resuelven en un sistema normativo—, sobre el que es preciso proyectar, naturalmente, la ideología general que inspira la ley suprema, los valores que la presiden y le confieren sentido. En la ley fundamental de nuestro país, esas series abordan la legalidad penal (en relación con tipos penales, órganos y autoridades, proceso y ejecución de consecuencias jurídicas del delito); la sanción jurídica, que fija el "proyecto penal" del Estado —como se ve en la evolución secular del artículo 18: desde regeneración hasta reinserción, con el largo espacio que ocupó la readaptación—; el "cuerpo de la justicia" en este ámbito (disposiciones orgánicas y funcionales); el debido proceso legal: juicio justo; el régimen cautelar, que pretende —se supone— garantizar el equilibrio entre los derechos del individuo y la protección de la sociedad, a través de un complejo elenco de medidas; los órdenes penales especiales o especializados[26] (régimen militar, menores de edad, servidores públicos, extradición); e instituciones de control y tutela, comunes a todos los sectores, con modalidades o matices en materia penal.

En la fragua de las Constituciones y las propuestas de reforma se localizan la experiencia, el ánimo y las expectativas de insurgentes y revolucionarios. Saben que la justicia —sobre todo la penal— es producto y agente de cierto régimen. De ahí las explosiones simbólicas de los alzados, siempre y donde quiera: los franceses del 89 dirigieron la furia a La Bastilla, prisión de Estado, en la que no había ningún revolucionario.[27] Los independentistas mexicanos abrieron las puertas de las prisiones e incorporaron a los cautivos en el ejército libertador. En su hora, Carranza —en el "Mensaje" dirigido al Constituyente en 1916— arremetió contra el aparato opresivo montado por los jueces de instrucción.[28] En ese Congreso, los diputados populares —que, por serlo, habían conocido la justicia criminal y las prisiones del antiguo régimen— clamaron contra el sistema penal imperante. No es extraño, pues, que abunden las disposiciones de materia penal en el texto constitucional, en mayor número y detalle que las relativas a otros derechos fundamentales de los ciudadanos, o mejor dicho, de los gobernados. Difícilmente habría otro espacio en que el individuo fuese más gobernado y menos ciudadano.

(coord.), Madrid, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 591 y ss.

[26] Para un panorama sobre los fueros especiales en nuestro país durante la colonia, véase Soberanes Fernández, *Los tribunales de la Nueva España,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, pp. 70 y ss. Asimismo, una perspectiva global del desarrollo de las jurisdicciones se puede ver en García Ramírez y Martínez Breña, Laura, *El poder jurisdiccional en México: dos siglos,* México, Instituto Nacional de Administración Pública, t. X, 2014.

[27] *Cfr.* García Ramírez, "César Beccaria y la Declaración de Derechos de 1789", *Estudios jurídicos,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 464 y ss.

[28] "La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mínimas que terminantemente establecía la ley". Venustiano Carranza, en *Los presidentes de México*…, *cit.*, p. 119.

IV. La "solución" normativa

Al hablar ahora de "fuentes" de las normas constitucionales —y de sus cada vez más frecuentes, copiosas reformas en materia penal—[29] no me referiré a los procesos de elaboración formal de normas, concentrados en la ley —o mejor dicho, en el proceso legislativo—,[30] sino a los factores que impulsan la adopción de ciertas soluciones.[31] Aplico estos comentarios en el marco de las reformas constitucionales volcadas sobre la carta del 17 en el orden penal.

Hemos sido proclives a la frondosidad legislativa. Ilusionados con la creencia de que las nuevas leyes engendran, sin solución de continuidad ni esfuerzo de construcción, nuevas sociedades, olvidamos la reflexión cartesiana: más vale pocas leyes bien cumplidas, que muchas que no se observen.[32] No pierde vigencia la prevención de Otero, en su voto particular sobre el Acta de Reformas, del 5 de abril de 1847: recuérdese que los "pueblos se gobiernan por los hábitos y las creencias, por la imaginación y las costumbres".[33] Sigue viva la expresión de Emilio Rabasa: "todo lo hemos esperado de la ley escrita, y la ley escrita ha demostrado su incurable incompetencia".[34] No hemos aprendido a desconfiar del automatismo —señalado por Mireille Delmas-Marty— que propone recurrir a la "ley penal como respuesta única frente al conflicto".[35]

Esta distracción —que suele ir de la mano de ilusiones populares y embustes políticos, que caen en el populismo penal o en la demagogia del mismo carácter— ha campeado en proyectos legislativos y en reformas penales constitucionales de reciente o antigua fecha. La denuncia de los problemas corrió de la mano con la ineficacia de las leyes. Hubo tiempo en que el propio gobierno acogió "el clamor público (que) ha señalado males profundos en la administración de justicia que

---

[29] Ya se ha advertido sobre "el torrente de reformas, incesante, caudaloso, que continúa a tambor batiente". Al respecto, *cfr.* García Ramírez, *la Constitución y el sistema penal: 75 años (1940-2015), cit.* Asimismo, "La Constitución y el sistema penal: setenta y cinco años (1940-2015)", en Varios, *Evolución del sistema penal en México. Tres cuartos de siglo. XVI Jornadas sobre Justicia Penal*, García Ramírez e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Nacional de Ciencias Penales, en prensa.

[30] *Cfr.* García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, *cit.*, pp. 71-72.

[31] En diversas oportunidades he analizado esta cuestión, a propósito de los cambios constitucionales; así, *cfr.* "La reforma constitucional del Poder Judicial en México (1994-1995), *Poder Judicial y Ministerio Público*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2006, pp. 25 y ss.

[32] La "exagerada multiplicidad de las leyes es con frecuencia excusa de las infracciones… los estados mejor organizados son los que dictan pocas leyes, pero de rigurosa observancia…". Descartes, René, *Discurso del método*, México, Porrúa, 1980, p. 15.

[33] "Voto particular", en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México* (*1808-1973*), México, Porrúa, 1956, p. 447.

[34] Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura. Estudios sobre la organización política de México*, México, Porrúa, 1956, p. 8.

[35] "Pour des principes directeurs de législation pénale", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, núm. 2, abril-junio, 1985, p. 226.

hoy en día está únicamente inscripta en nuestras leyes, pero carece en absoluto de efectividad…".[36]

Hay instituciones, disposiciones, figuras, que sirven al desarrollo "fisiológico" del derecho,[37] si se permite la expresión. Son normal, deseable desenvolvimiento del orden jurídico, en términos razonables y naturales. En este sentido mencionaré, sólo como ejemplo, algunos puntos del desenvolvimiento constitucional: la normativa sobre defensa del inculpado, los derechos de las víctimas del delito, el control judicial de los actos del Ministerio Público, la jurisdiccionalización de ciertos aspectos de la ejecución penal.

También hay reformas penales en la escritura suprema que atienden a la urgencia de resolver una crisis, aunque las raíces de ésta no se hallen en las normas constitucionales, sino en las prácticas institucionales, como ha sucedido en 2007-2008, en que la invocación de la "crisis", unida a otros clamores, puso en marcha un extenso movimiento de reforma. Por supuesto, la exasperación y la desesperación sociales, que no siempre son buenas consejeras ante los partidos políticos y el parlamento —tentados a la disciplina frente a la opinión, cuando genera dividendos electorales—, orientan la modificación de la ley para "permitir una lucha más eficaz contra el crimen".[38] A esta categoría corresponden, en mi concepto, la persistencia de la pena de muerte en los textos constitucionales del siglo XIX y los cambios adoptados en materia de delitos graves y delincuencia organizada en la última mitad del XX y los primeros años del XXI, cambios que, por cierto, han contaminado la regulación constitucional del sistema penal en México.[39]

Hubo reformas impulsadas al cabo de una contienda electoral, que acogieron determinados ofrecimientos de "campaña".[40] En otros casos, las modificaciones penales constitucionales han servido a la recepción extralógica de modelos "deslumbrantes", sin mayor reflexión preparatoria, y a la incorporación de tecnicismos dispensables, cuando no al simple protagonismo. Pongamos, como botones de muestra, las reformas constitucionales en la denominación de la policía investigadora y en la

---

36 "El general Álvaro Obregón, al abrir las sesiones extraordinarias del Congreso, el 7 de febrero de 1921", *Los presidentes de México…, cit.*, t. III, p. 447.

37 En torno a estas fuentes o factores de las reformas constitucionales penales, *cfr.* mis comentarios en "La reforma constitucional del Poder Judicial…", *cit.*, pp. 25-27. Asimismo, *cfr.* mi libro *El nuevo procedimiento penal mexicano,* México, Porrúa, p. XII.

38 "En este punto, la sociología de la reacción social enlaza con la sociología de la ley penal". Decocq, André, *Droit pénal et sociologie criminelle*, París, I, Les Cours de Droit, 1986, pp. 49 y ss.

39 *Cfr.* García Ramírez, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México,* México, Porrúa, pp. 94 y ss., y *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2010, pp. 50 y ss.

40 En este sentido, por ejemplo, la "renovación moral de la sociedad" —proclamada en la campaña presidencial de 1981— presidió la reforma al Título IV de la Constitución, así como a otros preceptos, que a su turno determinaron cambios en la legislación penal ordinaria y en materia de responsabilidades. Por lo que atañe a la variación constitucional, *cfr.* los motivos de la iniciativa presidencial de 2 de diciembre de 1982, anunciada como "primer paso para que la renovación moral se haga gobierno y la sociedad pueda apoyarse en él, a fin de que la corrupción no derrote sus derechos". *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados, LV Legislatura, 1994, t. III, pp. 1106 y ss.

invocación del tipo penal, mejor que cuerpo del delito.[41] Seduce la posibilidad de estampar la firma en el proyecto exitoso o en la declaratoria formal del gobernante, cuando dice, en nombre de la República: "a sus habitantes, sabed".

Igualmente, existen modificaciones atentas a determinadas corrientes donde corre la "moda" legislativa o doctrinal. Aquí domina el dicho de "están al día" recogiendo sugerencias que reflejan lo que algunos círculos consideran "correcto". Ahora bien —sin rechazo, por supuesto, de las novedades razonables y previsibles— nunca estará de más escuchar la sabia lección de Vallarta en el Constituyente de 1857: "Las instituciones no se importan en un país con la facilidad con que se hacen viajar las modas... el legislador que cura añejos males debe ser como el médico que a la cabecera del enfermo, falta a su deber si se obstina en no ver el mal en toda su gravedad".[42]

V. Reformas a las Constituciones de 1857 y 1917

No fueron numerosas las reformas en materia penal incorporadas en la Constitución de 1857, aunque se hallaba en plena formación —que se consideraba "modernización"— el derecho de este ramo tanto en la República como en los estados. Esas reformas se refirieron a delitos comunes de funcionarios públicos (1874, artículo 104);[43] delitos oficiales de éstos (1874, artículo 105);[44] amnistías (1882, artículo 72, fracción XXV);[45] libertad de expresión y delitos de imprenta (1883, artículo 7);[46] pena de muerte (1901, artículo 23);[47] libertad de tránsito y restricciones correspondientes (1908, artículo 11).[48]

En lo que atañe a la Constitución de 1917, durante mucho tiempo —cerca de ocho décadas: desde aquel año hasta 1993— fueron escasas las reformas sobre seguridad pública y justicia penal, aunque hubo intenso movimiento en la legislación secundaria, cada vez más poblada con soluciones diferentes e incluso discrepantes, debidas a los legisladores estatales o federales, e incluso al presidente de la República, en ejercicio —fuertemente impugnado por muchos constitucionalistas— de facultades extraordinarias para legislar,[49] con antecedentes en el ordenamiento inicial

[41] *Cfr.* García Ramírez, *El nuevo procedimiento*…, *cit.*, pp. 51 y ss. y 152 y ss.

[42] *Derechos del pueblo mexicano*…, *cit.*, t. III, pp. 894 y 897.

[43] *Diario Oficial* (*D.O.),* 13 de noviembre de 1874.

[44] *D.O.*, 13 de noviembre de 1874.

[45] *D.O.,* 2 de julio de 1882.

[46] *D.O.,* 15 de mayo de 1883.

[47] *D.O.,* 14 de mayo de 1901.

[48] *D.O.,* 12 de noviembre de 1908.

[49] Así, tanto el Código Penal de 1931 como los códigos de procedimientos penales, distrital de 1931 y federal de 1934. Sobre el problema constitucional de las facultades legislativas delegadas en México, *cfr.* Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp. 133 y ss.

del siglo XIX.[50] Los temas centrales del Constituyente Permanente fueron los relativos al poder —la cuestión política, asunto regular de una ley fundamental— y los concernientes a la justicia social, *lato sensu* —la cuestión social, acento que aportó la carta de 1917[51] y que figuró entre los temas sobresalientes en el debate del Constituyente[52] y en el acervo de reformas posteriores.[53] Los temas de justicia ordinaria —la justicia nuestra de todos los días—[54] no suscitaban la misma atención, salvo, acaso, en materia de amparo.[55]

Entre 1917 y 1982, esto es, en el curso de sesenta y cinco años, el Constituyente Permanente abordó tres materias penales en la ley fundamental: libertad provisional bajo caución (1948; artículo 20, fracción I),[56] sistema penitenciario —bajo la divisa de la readaptación social (1965,[57] y 1977;[58] artículo 18) —, y menores infractores (1965,[59] en el marco del proceso de reforma anterior; artículo 18). En la etapa comprendida entre 1982 y 1993, once años, emitió modificaciones sobre otros tres temas: responsabilidad de servidores públicos (1982;[60] Título Cuarto de la Constitución y otros preceptos conexos); faltas de policía y buen gobierno (1983;[61] artícu-

---

50 "En caso de convulsiones intestinas, como las que actualmente asoman, se autoriza al Emperador, por el bien de la patria, con todo el poder de la ley, que se pondrá por apéndice á este reglamento" (artículo 31, *in fine*, del Reglamento Provisional Político del Imperio mexicano, de 1822).

51 Se trata de una dimensión constitucional mexicana ampliamente examinada por los constitucionalistas, dentro y fuera de nuestro país. Me remito a mi artículo "Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución mexicana", *Estudios jurídicos…*, *cit.*, pp. 28 y ss. "En los preceptos de nuestra Constitución nació una nueva disciplina jurídica, el derecho social, identificado en el derecho agrario y en el derecho del trabajo y de la seguridad social, contenido en los artículos 27 y 123 como la más bella expresión del constitucionalismo social; correspondiendo, pues, a nuestro país la primogenitura en la creación de la nueva legislación fundamental social que iluminó a todos los continentes". Trueba Urbina, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo,* México, Porrúa, 1971, pp. XII y XIII.

52 *Cfr.* Gamas Torruco, José, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2001, pp. 486 y ss.

53 *Cfr.* Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano…, cit.*, p. 553. Asimismo, *cfr.* la estimable obra de Jorge Sayeg Helú, *El constitucionalismo social mexicano*, México, UNAM, ENEP Acatlán-Acciones y Valores de México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1987.

54 A la que ahora se llama "justicia cotidiana" y a la que anteriormente me referí y requerí como "microjusticia". *Cfr.* García Ramírez, *Poder Judicial y Ministerio Público*, México, Porrúa, 2006, pp. 27 y ss. El 28 de abril de 2016 el Ejecutivo federal remitió un paquete de reformas constitucionales y legales al Congreso de la Unión que buscan renovar la "justicia cotidiana", al que se sumó otro grupo de iniciativas del 17 de mayo del mismo año. En el diseño de estas propuestas participaron el Centro de Investigación y Docencia Económicas y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Las iniciativas y los documentos de trabajo pueden consultarse en: *http://www.gob.mx/justiciacotidiana.*

55 *Cfr.* García Ramírez, "La reforma constitucional", en Varios, *Vigencia de la Constitución de 1917, LXXX aniversario*, México, Secretaría de Gobernación, Archivo General de la Nación, 1997, pp. 253 y ss.; también publicado como "Las reformas a la Constitución vigente", en Varios, Galeana, Patricia (comp.), *México y sus Constituciones*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 336 y ss.

56 *D.O.,* 2 de diciembre de 1948.

57 *D.O.,* 23 de febrero de 1965.

58 *D.O.*, 4 de febrero de 1977.

59 *D.O.*, 23 de febrero de 1965.

60 *D.O.*, 28 de diciembre de 1982.

61 *D.O.,* 3 de febrero de 1983.

lo 21), y libertad provisional (1985;[62] artículo 20, fracción I). En 1993 hubo una extensa reforma a diversos preceptos.[63] En ella se alojaron varios desarrollos, pero también aparecieron temas —o el abordaje de esos temas— que causarían perturbación en los años siguientes y determinarían nuevas reformas constitucionales. Los ejemplos más voluminosos son: elementos del tipo penal, delitos graves y delincuencia organizada.

En la etapa abarcada entre 1994 y 2016 fueron publicadas sendas reformas acerca de cuestiones penales o con inmediata y directa repercusión sobre éstas, a saber: Poder Judicial y Ministerio Público (1994;[64] diversos artículos), preceptos del enjuiciamiento penal (1996,[65] una, y 1999,[66] otra;[67] las dos, sobre numerosos preceptos), derechos de la víctima u ofendido (2000;[68] artículo 20), cumplimiento de la pena de prisión en lugar cercano al domicilio del sentenciado (artículo 18; 2001);[69] atribuciones sobre seguridad nacional (2004;[70] artículo 73, fracción XXIX-M y 89, fracción VI); Corte Penal Internacional (primera de 2005;[71] artículo 21); conocimiento de delitos federales por autoridades comunes (segunda de 2005;[72] artículo 73, fracción XXI); supresión de la pena capital (tercera de 2005;[73] artículos 14 y 22); justicia para adolescentes que infringen leyes penales (cuarta de 2005;[74] artículo 18); enjuiciamiento penal y seguridad pública (2008;[75] numerosos artículos);[76] ley general en materia de secuestro (2009;[77] artículo 73, fracción XXI); disposición transitoria sobre el régimen de adolescentes en conflicto con la ley penal (2009);[78]

---

62 *D.O.*, 14 de enero de 1985.

63 *D.O.*, 3 de septiembre de 1993.

64 *D.O.,* 31 de diciembre de 1994.

65 *D.O.*, 3 de julio de 1996.

66 *D.O.*, 8 de marzo de 1999.

67 Esta fue promovida por iniciativa —de fuerte corte autoritario— del 7 de diciembre de 1997. "Fue tan intensa, razonada y persuasiva la oposición contra varias de las propuestas contenidas en la iniciativa (particularmente la flexibilización en el ejercicio de la acción, a través de cierto concepto sobre elementos del tipo penal), que ésta debió aguardar un largo tiempo —muy largo para nuestros usos y costumbres legislativos— antes de que hubiese dictamen de las comisiones senatoriales". García Ramírez, *Delincuencia organizada…*, *cit.*, p. 74.

68 *D.O.*, 21 de septiembre de 2000.

69 *D.O.*, 14 de agosto de 2001.

70 *D.O.*, 5 de abril de 2004.

71 *D.O.*, 20 de junio de 2005.

72 *D.O.*, 28 de noviembre de 2005.

73 *D.O.*, 9 de diciembre de 2005.

74 *D.O.*, 12 de diciembre de 2005.

75 *D.O.*, 18 de junio de 2008.

76 En torno a las reformas penales incorporadas a partir de 1993, así como a diversos proyectos de reforma, me remito a los comentarios que hago en diversos libros que aquí aparecen citados con frecuencia, a saber: *Poder Judicial y Ministerio Público*, obra integrada por varios estudios en la que me refiero principalmente a la reforma judicial y ministerial de 1994-1995; *Delincuencia organizada….*, *cit.,* pp. 33 y ss.; *El nuevo procedimiento…*, *cit.,* pp. 3 y ss.; y *La reforma penal constitucional…*, *cit.,* en numerosas páginas.

77 *D.O.,* 4 de mayo de 2009.

78 *D.O.,* 14 de agosto de 2009.

derechos humanos en general y reinserción social (2011;[79] diversos artículos); trata de personas (2011;[80] artículos 19, 20 y 73, fracción XXI); delitos contra periodistas, derecho a la información y libertades de expresión y de imprenta (2012;[81] artículo 73, fracción XXI); legislación procesal y ejecutiva penal única (2013; artículo 73, fracción XXI);[82] Fiscalía General (2014;[83] varios artículos); Sistema Nacional Anticorrupción (2015;[84] varios artículos); legislación nacional sobre justicia penal para adolescentes (2015;[85] artículos 18 y 73, fracción XXI); emisión de leyes generales para la persecución de diversos delitos (2015;[86] artículo 73, fracción XXI), y Ciudad de México, que tiene algunas implicaciones en el orden penal (2016;[87] varios artículos). Agreguemos la reforma en torno a la emisión, por parte del Congreso general, de la legislación general a propósito de víctimas, que también comprende, por supuesto, a quienes lo son de delitos.[88] Más adelante me referiré, brevemente, a algunas reformas de la etapa reciente, vinculados con la materia que abordo en el siguiente apartado: dispersión y concentración legislativa.

VI. Dispersión y concentración legislativa

Voy ahora a los movimientos del orden penal constitucional determinados por el federalismo mexicano, que también podrían analizarse —a la inversa— como cambios en las decisiones federalistas motivadas por apremios oriundos de la inseguridad, la criminalidad y las necesidades de la administración de justicia penal. El régimen penal constitucional se halla fuertemente asociado, como es natural, al desarrollo de nuestro sistema político federal, un sistema "mexicano y a la mexicana", desde su origen y hasta nuestros días.[89] No existe un modelo único de federalismo, universal y permanente. Cada expresión —desde la primigenia, en Estados Unidos de América— ha buscado y encontrado su propio curso, conforme a sus circunstancias en constante movimiento. Por diversas vías se reconstruye, al tenor de los tiempos, el sistema federal mexicano.

En las Constituciones centrales hubo disposiciones concentradoras de la legislación ordinaria: habría un solo código penal y uno solo de procedimientos. Pero el fe-

[79] *D.O.*, 10 de junio de 2011.

[80] *D.O.*, 14 de julio de 2011.

[81] *D.O.*, 25 de junio de 2012.

[82] *D.O.*, 8 de octubre de 2013.

[83] *D.O.*, 10 de febrero de 2014.

[84] *D.O.*, 27 de mayo de 2015.

[85] *D.O.*, 2 de julio de 2015.

[86] *D.O.*, 10 de julio de 2015.

[87] *D.O.*, 29 de enero de 2016.

[88] *D.O.*, 25 de julio de 2016.

[89] *Cfr.* al respecto García Ramírez, "Identidad y funciones actuales del federalismo mexicano", *Temas de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma del Estado de México-Seminario de Cultura Mexicana, 2002, pp. 105 y ss.

deralismo triunfante determinó otro rumbo, con buena lógica político-jurídica, o sin ella. En 1917, el limitado proyecto centralizador de Carranza —artículo 18, sobre ejecución de penas— tropezó con las autonomías estatales.[90] El Constituyente —escribió Juan José González Bustamante— "desoyó la sabia llamada de atención del Primer Jefe y se sacrificó el propósito en aras de un federalismo mal entendido".[91] Los miembros de la comisión dictaminadora —Mújica, Román, Monzón, Jara y Colunga—, que apreciaron las ventajas de la centralización para efectos puramente penitenciarios, sostuvieron enfáticamente: "nos declaramos en contra de toda centralización, porque conduce a graves males en una república federativa". Las facultades a las que renuncian los estados "van a robustecer el poder central, favoreciendo así el absolutismo".[92]

Hay opiniones encontradas sobre este asunto, en el que la decisión política fundamental federalista, entendida a nuestra manera, pugna con la necesidad de contar con una política criminal nacional que permita prevenir y enfrentar, a esta escala, el embate del crimen. Numerosas voces se han pronunciado contra el "extremoso federalismo" que profesamos,[93] cuyas terminantes fórmulas constitucionales —que no cuestiono en este momento— se traducen en dispendios normativos penales.

Para sortear la dispersión penal, sin quebranto de la disposición constitucional, hemos "ideado" códigos tipo o modelo[94] —tendencia bien conocida en el ámbito penal y procesal penal iberoamericano o latinoamericano—,[95] que no alcanzaron vigencia, pero informaron diversos desarrollos locales, y reglas o bases mínimas para la ejecución de sanciones, que avanzaron un trecho.[96]

---

90 *Cfr*. mi reseña de esta cuestión en *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967, pp. 50 y ss.

91 González Bustamante, Juan José, *Colonias penales e instituciones abiertas*, México, Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales, 1956, p. 30.

92 *Derechos del pueblo mexicano*…, *cit*., t. III, p. 691.

93 Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1956, t. I, p. 1263. En este sentido se produjo la opinión —que fue base de otros pareceres— de Raúl Carrancá y Trujillo, a partir de las primeras ediciones de su obra más conocida: *Derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa, 1967, pp. 103 y ss. Desde la perspectiva procesal, mencionemos la crítica que formuló Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en *Panorama del derecho mexicano. Síntesis del derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1966, pp. 9 y ss. Asimismo, *cfr*. mi ensayo *La unidad de la legislación penal en México: antecedentes, iniciativas, obstáculos, razones,* Aguascalientes, Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, Monografías, núm. 55, 2013.

94 Tiene sitio destacado el esfuerzo emprendido en 1963 en esta dirección. Posteriormente, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM llevó adelante trabajos semejantes, que se recogen en *Código Penal y Código de Procedimientos Penales modelo,* de Victoria Adato Green *et al*., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004. La reforma constitucional de 2008 determinó la elaboración de proyectos amplios, a cargo de los tribunales superiores de justicia o de juristas y comisiones especiales.

95 En materia penal, a partir de una convocatoria del Instituto de Ciencias Penales de Chile, en 1964. *Cfr. Código Penal Tipo para Latinoamérica*, México, Procuraduría General de Justicia de la República-Academia Mexicana de Ciencias Penales, 1967. En materia procesal, *cfr.* Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

96 En este sentido, la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, de 1971. Al respecto, *cfr.* García Ramírez, *Legislación penitenciaria y correccional comentada*, México, Cárdenas Editores, 1978, pp. 21 y ss.

En la reforma al artículo 18 constitucional emprendida en 1964 y vigente en 1965 se consultó y aprobó una alternativa, consecuente con el "estilo federal" mexicano: convenios entre la Federación y los estados para la ejecución de penas.[97] Durante el proceso de reforma constitucional, se invocaron los conocidos argumentos sobre invasión de la soberanía de los estados. Así, algunos diputados emitieron un voto particular que, entre otros aspectos, cuestionó la propuesta de ejecución de condenas de reos comunes en establecimientos federales.[98] Las comisiones sostuvieron, sin embargo, que la iniciativa "no implica violación al principio de soberanía, puesto que la adición que se propone no tiene carácter impositivo, sino potestativo".[99] Posteriormente, uno de los emisores del mencionado voto, Ruiz Vázquez, señaló: "La defensa de la soberanía de los estados está salvada con la afortunada fórmula que encontró la comisión al hablar de que los convenios deberán sujetarse a lo que establezcan las leyes locales respectivas".[100] Por su parte, el diputado Vicente Lombardo Toledano, al frente de la fracción del Partido Popular Socialista, calificó a la soberanía local como una "ficción", de la cual la iniciativa que se discutía "es muy diplomática y respetuosa".[101]

Al amparo de la normativa constitucional hasta 2013, en el territorio mexicano se encontraban vigentes 32 códigos penales locales, un número igual de códigos de procedimientos penales, a los que se sumaron los códigos penales federales tanto en su vertiente sustantiva como adjetiva, así como múltiples leyes que destinaron algunos de sus preceptos a la tipificación de delitos. Semejante dispersión no militaba en favor de la seguridad y la justicia, aunque lo hubiese hecho —si se quiere ver de esta manera— en pro de un federalismo vernáculo, celoso de sus parcelas de poder y mandamiento.

El artículo 73 atribuye al Congreso de la Unión la facultad de establecer (es decir, definir) "los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse" —texto que se mantuvo en estos términos desde 1917 hasta 1996, esto es, durante 79 años, nada menos—, sin precisar qué ilícitos deben tener, por su propia naturaleza asociada al régimen federal mexicano, el carácter de delitos contra la Federación.[102]

---

97 *Cfr. Derecho del Pueblo Mexicano*…, *cit.*, t. III, pp. 750 y ss.

98 Suscribieron el voto particular los diputados Guillermo Ruiz Vázquez, Felipe Gómez Mont y Adolfo Christlieb Ibarrola, quienes cuestionaron la propuesta del Ejecutivo y de la comisión: "Por más que la exposición de motivos y el dictamen nieguen tal finalidad, la reforma propuesta llevará de hecho la absorción por parte del Ejecutivo Federal de un aspecto más de las funciones propias de los estados con la consiguiente centralización y detrimento de la autonomía de éstos". *Ibidem*, p. 757. Examino ese voto en *El artículo 18 constitucional*…, *cit.*, pp. 55-57.

99 *Derechos del pueblo mexicano*…, *cit.*, t. III, p. 752.

100 *Ibidem*, p. 770.

101 *Ibidem*, p. 767. Señaló: "El México actual es totalmente distinto al de hace más de un siglo. ¿Qué es lo que caracteriza a este proceso? La intervención cada vez mayor del Estado nacional en los problemas que abarcan a todo el territorio de la República". *Ibidem*, p. 765.

102 Hubo intentos, que no tuvieron éxito, por introducir en la fracción XXI del artículo 73 una caracterización "material" de los delitos federales, como fue la propuesta del senador Eduardo Andrade. *Cfr.* mi comentario en torno a esta sugerencia, en García Ramírez, *Delincuencia organizada*..., *cit.*, pp. 66-69.

Los vaivenes de la dialéctica concentración-dispersión se manifestaron en 2005, en el marco de un tema singular, cuando el proyectista constitucional propuso, sin éxito, la incursión federal en el ámbito de menores de edad. La propuesta fue desestimada bajo el argumento de que las ventajas de contar con una sola ley se encontraban colmadas gracias a la relación de principios contenidos en el artículo 18, a los cuales se debían ajustar los diversos fueros.[103] En una iniciativa presidencial de 2007 reaparecería, nuevamente sin resultados, la pretensión de centralizar toda la legislación de la materia penal.[104] En la reforma constitucional de 2007-2008 latió el proyecto centralizador por diversas vertientes: desde el minucioso régimen del enjuiciamiento hasta el detallado Sistema Nacional de Seguridad Pública.[105]

Prosperaron, en cambio, propuestas que pretendieron reorganizar la distribución de facultades penales entre la Federación y los estados, en términos adecuados a las nuevas manifestaciones de la criminalidad y a los requerimientos de la procuración e impartición de justicia. En este sentido, podemos mencionar las reformas tendientes a federalizar el conocimiento de delitos comunes conexos con ilícitos federales,[106] la posibilidad de que las autoridades del fuero común persigan delitos federales en materias de competencia constitucional concurrente[107] y el giro adoptado en relación con la delincuencia organizada.[108]

Algunas propuestas que pretendieron remediar, en todo o en parte, las consecuencias del "extremoso federalismo", quedaron en el camino; otras avanzaron, hasta la final consagración de la unidad legislativa penal, con facultades concentradas en el Congreso de la Unión sólo en lo que se refiere al procedimiento penal —tras el fracaso al aplicar la normativa aportada por la reforma de 2008—, a las soluciones alternas al proceso y a la ejecución de penas, cuestiones recogidas en la reforma de 2013 al artículo 73 de la Constitución. Poco después tuvo éxito la corriente centralizadora en otra materia, que se había mantenido sujeta a la legislación local, y que anteriormente había tropezado, como antes se mencionó, con el rechazo de eventuales reformas al artículo 73:[109] régimen de justicia con respecto a menores de edad —niños y adolescentes— en conflicto con la ley penal.

---

[103] *Cfr*. García Ramírez, "Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional", en Varios, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Memorias del Seminario Internacional*, Gutiérrez Contreras, Juan Carlos (coord.), México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos-Comisión Europea, p. 73.

[104] A través de una reforma al artículo 73, fracción XXI, de la Constitución. La iniciativa presidencial propuso "crear un solo ordenamiento en materia penal y procedimental penal" a fin de "otorgar una mayor certeza a todos los habitantes del país y, al mismo tiempo, generar una coordinación de esfuerzos en la batalla contra la impunidad". *Cfr.* la iniciativa y el razonamiento correspondiente en García Ramírez, *La reforma penal constitucional*…, *cit.*, pp. 446-447 y 451.

[105] *Cfr. Ibidem*, pp. 203 y ss.

[106] *D.O.,* 3 de julio de 1996.

[107] *D.O.*, 28 de noviembre de 2005.

[108] *D.O.,* 18 de junio de 2008.

[109] *Cfr.* las observaciones que formulé en torno a este intento de reformar el artículo 73, que se mantuvo intacto al tiempo de la primera reforma mayor al precepto 18 de la ley suprema en materia de menores en conflicto con la ley penal, en "Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley

Además de estas materias, bajo su formulación actual, el artículo 73 constitucional alude a la variación de competencia por motivo de conexidad (reformas de 1996; conexidad en general; y 2012: conexidad relacionada con delitos contra periodistas y otros supuestos en que se afecte, limite o menoscabe el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta), concurrencia persecutoria con respecto a delitos federales (reforma de 2005), federalización o centralización —como se prefiera decirlo— en lo que respecta a delincuencia organizada (reforma de 2008) y leyes generales relativas a secuestro (reforma de 2009), trata de personas (2011), delitos electorales (2014), desaparición forzada de personas (2015), formas diversas de privación ilegal de la libertad (*idem*), y tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (*idem*). Adelante analizaré con mayor detalle las reformas que unificaron la legislación procesal penal, ejecutiva penal y sobre mecanismos alternos de solución de controversias, así como las que han dotado al Congreso de la Unión de facultades para emitir las mencionadas leyes generales.

VII. La promesa de 2012

Los dispares avances de la implementación del sistema acusatorio auspiciado por la reforma de 2008, así como las diferencias presentes en los diversos ordenamientos que ya adoptaban el nuevo modelo de enjuiciamiento, producidas por las variadas interpretaciones de los legisladores locales sobre los preceptos constitucionales, provocaron que el tema de la unificación regresara a la atención del poder revisor de la Constitución. El resurgimiento oficial de la idea halló génesis en los pronunciamientos del titular del Ejecutivo Federal al asumir la presidencia[110] el 1o. de diciembre de 2012, idea recogida posteriormente en un documento del 2 de ese mismo mes,[111] producto de la coincidencia de diversas fuerzas políticas, que recibió el nombre de "Pacto por México".[112]

Con base en el mencionado diagnóstico, fueron presentadas tres iniciativas que concluyeron en la reforma publicada el 8 de octubre de 2013,[113] en virtud de la cual

penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional", en Varios, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes…*, *cit.*, pp. 51 y ss.

110 "Habré de presentar al Honorable Congreso de la Unión, una iniciativa de reforma constitucional, que permita contar con un solo Código Penal, y otro de Procedimientos Penales, únicos y de aplicación nacional". Véase en *http://www.presidencia.gob.mx/decisiones-presidenciales-anunciadas-el-1o-de-diciembre/*.

111 Por lo que hace a las fuerzas políticas, el Pacto del 2 de diciembre de 2012 fue suscrito por los dirigentes del Partido Revolucionario Institucional, el Partido Acción Nacional y el Partido de la Revolución Democrática. Obviamente, contiene un gran número de planteamientos sobre temas nacionales de diversa naturaleza.

112 *Cfr.* "Implantar en todo el país un Código Penal y un Código de Procedimientos Penales Únicos", en *http://www.presidencia.gob.mx/wp-content/uploads/2012/12/Pacto-Por-M%C3%A9xico-TODOS-los-acuerdos.pdf.*

113 1) Iniciativa del 14 de febrero de 2013, Cámara de Senadores, versión electrónica en: *http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/1/2013-02-14-1/assets/documentos/Gil-CPE.pdf*; 2) iniciativa del

se federalizaron —o quizás mejor dicho: centralizaron o concentraron— las materias procesal y ejecutiva penal, así como la normativa referente a los mecanismos alternativos de solución de controversias penales. En cambio, la vertiente sustantiva permaneció intacta bajo los ya conocidos argumentos que estiman que la descripción de conductas típicas y penas a imponer debe atender las necesidades, circunstancias, convicciones y expectativas locales.[114] Como consecuencia de esta reforma constitucional, se expidió el Código Nacional de Procedimientos Penales, en pleno vigor —superados los tiempos y actos de una prolongada *vacatio*— el 18 de junio de 2016. Además, el 29 de diciembre de 2014 se contó con la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, y el 16 de junio de 2016, con la Ley Nacional de Ejecución Penal. Todo con arreglo al artículo 73, fracción XXI.

No obstante los pasos adelante reseñados en las líneas anteriores y la aparición de las leyes generales que cubren, a su manera, parcelas del ordenamiento penal nacional, —tema que abordaré en el siguiente apartado— la unificación penal sustantiva sigue siendo una asignatura pendiente para nuestro país.[115] No existen argumentos plausibles para justificar la renuencia política en atender esta materia, que tarde o temprano se abrirá paso. Es necesario tener presente que el derecho penal busca tutelar los bienes indispensables para la vida en sociedad, cuya protección no se contrae dentro de las fronteras territoriales de una entidad federativa. Tampoco es razonable aducir que la estructura federal adoptada por nuestro país implica, de suyo, la reserva de competencia penal a las entidades que componen la Unión. Cada federación puede resolver fórmulas propias sobre su estructura y su desarrollo his-

9 de abril de 2013, Cámara de Senadores, versión electrónica en *http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=40311*, y 3) iniciativa del 24 de abril de 2013, Cámara de Senadores, versión electrónica en: *http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/1/2013-04-24-1/assets/documentos/Ini_Sen.Arely_art.73-CPEUM.pdf.*

114 *Cfr.* García Ramírez, "La unificación legislativa en el enjuiciamiento y la ejecución penal: la reforma constitucional de 2013. Concentración y dispersión", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril 2014, esp. pp. 300-313, y "Hacia la unidad de la legislación penal mexicana. Tendencias, avances y rezagos", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia,* México, núms. 21-22, enero-diciembre, 2013, esp. pp. 131-144, artículo que aparece publicado en mi libro *Derecho penal,* México, Porrúa, pp. 291-330.

115 Numerosos miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales han sostenido: "Es conveniente contar con una legislación penal —sustantiva, adjetiva y de ejecución de sanciones— única para todo el país. La dispersión prevaleciente, en la que abundan ocurrencias y diferencias, no favorece la lucha contra el crimen y da lugar al absurdo de que el mismo delito tenga sanciones distintas según si es común o federal o según la entidad donde se cometa". "Propuesta de la Academia Mexicana de Ciencias Penales sobre Seguridad Pública y Justicia Penal", disponible en *http://www.academiamexicanadecienciaspenales.com.mx/academiamexicanadecienciaspenales/Documentos/PROPUESTA%20ACADEMIA%20MEXICANA%20DE%20CIENCIAS%20PENALES%202012.pdf*. Sobre esta materia, véase la colección de artículos de integrantes de esa Academia reunidos en una publicación especial por Elisa Speckman, "Hacia la unificación de la legislación penal. Aportes de la Academia Mexicana de Ciencias Penales", *Criminalia,* año LXXIX, núm. 1, enero-abril, 2013.

tórico, tomando en cuenta las circunstancias prevalecientes.[116] De ello da muestra el derecho comparado.[117]

En cambio, la pertinencia de unificar este orden de la regulación jurídica se sustenta en apremiantes necesidades: asumir una política criminal nacional congruente, eficaz y racional que halle vertebración en un ordenamiento único diseñado según los principios que demanda una sociedad democrática; atender manifestaciones criminales que rebasan fronteras nacionales e incluso internacionales; observar el principio de igualdad, y permitir la generación de líneas jurisprudenciales y desarrollos científicos a partir de los mismos contenidos normativos.

VIII. Leyes generales y otras novedades

En seguida aludiré a las denominadas "leyes generales", diferentes de los ordenamiento únicos, nacionales, integrados, que ya señalé (así Código Nacional de Procedimientos Penales) y a los que volveré a referirme en algunos puntos de este apartado (justicia para adolescentes, víctimas), y además mencionaré otras novedades aportadas en los últimos años al artículo 73, bajo figuras diversas.

La figura de las "leyes generales", producto de la reflexión jurisprudencial de los últimos años,[118] mencionadas en la Constitución y en los ordenamientos secundarios y abonada por la doctrina, llegó con fuerza al orden penal constitucional, y desde aquí se derramó sobre distintos espacios del sistema punitivo. Estas leyes generales han sido frecuentemente recogidas en sucesivas reformas a la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución. Hoy día, esa fracción, determinante de los delitos sujetos a régimen por el Congreso de la Unión —es decir, cuya persecución se ha centralizado o descentralizado en alguna medida—, aloja esta nueva especie en el paisaje de la legislación, y no se detiene en la alusión —que sería insuficiente— a los delitos contemplados por dichas leyes generales, sino avanza un paso más y describe el contenido "mínimo" de tales ordenamientos.

---

[116] *Cfr.* García Ramírez, "Identidad y funciones actuales del federalismo mexicano", en *Temas de Derecho*, *cit.*, pp. 105-106.

[117] Alemania, Suiza, Brasil, Venezuela y Argentina son Estados que poseen un único código penal sustantivo, pese a haber adoptado una organización federal.

[118] El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido a las leyes generales como "aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano". Se trata de leyes que "no son emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales", en la medida en que respecto a ellas "el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional". "Leyes generales. Interpretación del artículo 133 constitucional", tesis P. VII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, abril de 2007, p. 5.

Cuando estas leyes hicieron su aparición en la escena constitucional, merced a la reforma de 2009 en materia de secuestro —aunque fuese previa a ese año la existencia de esta categoría normativa en el orden jurídico nacional— se dijo que el Congreso de la Unión emitiría una ley general en torno a esta cuestión "que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el (entonces) Distrito Federal (ahora flamante Ciudad de México), los estados y los municipios". El mismo alcance de las leyes generales ha figurado en posteriores reformas a la fracción XXI y se halla vigente hasta la fecha (2016).

En fin de cuentas, las leyes generales pueden tener un alcance amplísimo, que lleve a abarcar el ámbito completo —o casi— de la persecución de los delitos contemplados en ellas. Rige los temas sustantivo, adjetivo (competencial) y administrativo (coordinación entre autoridades). Ocupémonos del espacio sustantivo. A este respecto, la Constitución dice que las leyes generales regularán "como mínimo" los tipos penales y sus sanciones. Si se dice "como mínimo", el legislador ordinario podría pensar —válidamente, conforme a la letra del precepto— que puede ir más allá del mínimo y desplegarse sobre puntos que ya no son meramente los tipos penales y las punibilidades correspondientes, sino otros extremos de la regulación penal. De esta suerte —exageremos un poco, pero sólo un poco— podría atreverse a formular ordenamientos penales completos sobre los delitos cuya regulación le atribuye el generoso texto constitucional. Su límite no es el punto de llegada, sino el punto de partida, a saber, el mínimo que se le encomienda: tipos y sanciones.

La citada reforma constitucional de 2009 previó la existencia de una ley general en materia de secuestro,[119] que sería publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2010.[120] Este ordenamiento sigue la tendencia iniciada por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que parte de la idea de que el "derecho penal tradicional" es insuficiente para hacer frente a delitos de mayor impacto social, por lo que es necesario recurrir a técnicas excepcionales.[121]

---

[119] Esta reforma se sustentó en iniciativas presentadas el 2 y el 9 de octubre de 2008, suscritas por diversos diputados y por el Ejecutivo federal, respectivamente. Para un análisis de las iniciativas que dieron pie a la reforma constitucional, *cfr.* Félix Cárdenas, Rodolfo, *Nueva política criminal para el combate del delito de secuestro*, México, Ubijus, 2010, pp. 36-37.

[120] Sobre este ordenamiento, *cfr*. Ochoa Romero, Roberto, *La privación ilegal de la libertad. Especial referencia a los tipos penales contenidos en la Ley General para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro*, México, Tirant lo Blanch, 2012.

[121] *Cfr.* García Ramírez, *Derecho penal*, México, Porrúa, 2015, pp. 286-289. Véase, Iniciativa de varios diputados con proyecto de decreto que reforma el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, 2 de octubre de 2008, en: *http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2008/oct/20081002-II.html#Ini20081002-1.1*; asimismo, Iniciativa con proyecto de decreto, por el que se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recibida del Ejecutivo Federal, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, 10 de octubre de 2008, en: *http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2008/oct/20081010.html#Ini20081010Ejecutivo*; Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Justicia, con proyecto de decreto que reforma el párrafo primero de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, 4 de diciembre de 2008, en: *http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2008/dic/20081204-IX.html*, y Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos,

La segunda reforma a la fracción XXI del artículo 73 constitucional que autorizaría al Congreso de la Unión para expedir una ley general llegó el 14 de julio de 2011, a propósito del delito de trata de personas. En la iniciativa que dio pie a la mencionada enmienda, presentada el 8 de abril de 2010, se identificó a México como un país con continuos flujos migratorios constituidos principalmente por nacionales y centroamericanos que intentan ingresar a Estados Unidos.[122] La condición irregular de los migrantes los coloca en una posición de vulnerabilidad frente a diversas amenazas, entre ellas, precisamente, la trata de personas, entendida como "una modalidad contemporánea de esclavitud y como una forma extrema de violencia contra mujeres, niñas y niños que viola sus derechos humanos fundamentales".[123]

En atención a la gravedad del problema, se consideró conveniente la emisión de una ley general que permitiera la acción coordinada de los tres órdenes de gobierno, junto con la sociedad civil, y que dotara a las autoridades de las herramientas necesarias para la persecución de este delito.[124]

La notoria situación de violencia en contra de periodistas llevó al Poder revisor de la Constitución a establecer un mecanismo excepcional que facultara a las autoridades federales para conocer de los "delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta" (artículo 73, fracción XXI, tras la reforma publicada el 25 de junio de 2012).[125] Este mecanismo no corresponde a la figura de la ley general.

Una ley general más vendría el 10 de febrero de 2014, a través de otra reforma constitucional que tocó el artículo 73 —dentro de una "miscelánea legislativa" acerca de reformas político-electorales— ahora, delitos de este carácter. La tendencia unificadora avanzó el 2 de julio de 2015: se modificó de nueva cuenta la fracción XXI del artículo 73 constitucional para entregar al Congreso de la Unión la facultad —que se había rechazado en 2005 como antes dije— de expedir la "legislación única" en materia de "justicia penal para adolescentes". En este caso no se trata de una ley general, sino de un ordenamiento nacional, único e integral para su materia, que constituye otra manifestación —como el Código Nacional de Procedimientos Penales— de la concentración legislativa.

Segunda, que contiene proyecto de decreto por el que se reforma el párrafo primero de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta del Senado*, 11 de diciembre de 2008, en: *http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=19160*.

[122] Sobre la situación de la trata y su estrecha relación con la migración en México, *cfr.* Barrón Cruz, Martín Gabriel, *La Bestia. La tenue línea entre la migración y la trata de personas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2013, esp. pp. 34 y ss.

[123] La iniciativa puede ser consultada en: *http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2010/abr/20100408-I.html#Ini20100408-13*.

[124] *Idem*. Dicho ordenamiento recibió el nombre de Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, emitida el 14 de junio de 2012.

[125] Sobre homicidios a periodistas y su impunidad, véase Moncada, Carlos, *Del México violento: periodistas asesinados*, México, Edamex, 1991.

A mi juicio, la introducción de los menores de edad en el sistema penal supuso un retroceso con respecto a la reforma de 2005, que pretendió retirar de la justicia penal a estos sujetos inimputables. De manera similar al proceso que unificó la normativa procesal y ejecutiva penal, se reconoció que la implementación de las bases constitucionales del sistema de justicia para adolescentes establecidas en 2005 mostraba aplicaciones "dispares" en las distintas entidades federativas.[126]

En 2015 fue reformada nuevamente la fracción XXI del artículo 73 —reforma a la que antes aludí, en la referencia general a los cambios de los años recientes— que faculta al Congreso de la Unión para expedir las leyes generales sobre los delitos de desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ilícitos "clásicos" en el ámbito de las violaciones a derechos humanos asociados con procedimientos penales. Indiscutiblemente, en los últimos años ha destacado la necesidad —advertida en foros nacionales e internacionales— de enfrentar penalmente estas graves violaciones de derechos humanos.

El 29 de enero de 2016 se reformó el inciso a) de la fracción XXI del artículo 73, para acoger la nueva situación constitucional de la Ciudad de México, que sustituye al Distrito Federal. En tal virtud, las leyes generales regirán "la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas (acción que abarca a la Ciudad de México) y los municipios".

Finalmente, el 25 de julio de 2016, el Poder Revisor incorporó una adición a la fracción XXIX-X del artículo 73, atendiendo a la conveniencia de contar con un régimen seguro y uniforme "en materia de derechos de las víctimas". No se trata, en este caso, sólo de víctimas de delitos —concepto relacionado con la figura del ofendido por una conducta punible, aunque no sinónimo de aquél, pese a la confusión en que ha incurrido a este respecto el artículo 20 constitucional—, sino de víctimas en general. Esta noción abarca a quienes sufren las consecuencias de un comportamiento indebido: sea delito, sea abuso de poder. El precedente inmediato, que acoge la reciente tendencia tutelar de aquellos sujetos, se localiza en la Ley General de Víctimas, a la que llegó la influencia del derecho internacional de los derechos humanos —particularmente en su vertiente interamericana— a propósito del deber de reparación como consecuencia del hecho ilícito.[127]

---

[126] *Cfr.* Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 18 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de establecer la facultad exclusiva del Congreso de la Unión para expedir la legislación del sistema nacional de justicia penal para adolescentes, *Gaceta del Senado*, 3 de septiembre de 2013, en: *http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Temas/JPA_iniciativa3.pdf*, e Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de establecer la facultad exclusiva del Congreso de la Unión para expedir la legislación del sistema nacional de justicia penal para adolescentes, *Gaceta del Senado*, 25 de marzo de 2014, en: *http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/2/2014-03-25-1/assets/documentos/Justicia_Pena_Adolescentes.pdf*.

[127] Sobre este tema, *cfr*. García Ramírez y Benavides Hernández, Marcela, *Reparaciones por violación de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana,* México, Porrúa, 2014.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: LA EVOLUCIÓN DE SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL COMO PERSONAS

Mónica González Contró

Sumario: I. *Introducción*. II. *La evolución de los derechos de niñas y niños en la Constitución mexicana*. III. *Los derechos de niñas y niños desde las percepciones sociales*. IV. *2014: un punto de inflexión*. V. *La agenda a futuro.*

I. Introducción

El reconocimiento constitucional de los derechos que corresponden a las personas menores de edad es relativamente reciente y aún insuficiente, por muchas y variadas razones que se expondrán en este ensayo. Este fenómeno no es exclusivo de México, aunque ciertamente en nuestra centenaria Constitución no se ha logrado una redacción específica que cumpla con los estándares internacionales en la materia. Es plausible afirmar que se ha escatimado en reconocer plenamente a las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos humanos, lo que supone, a partir del principio de universalidad, su reconocimiento como personas. Si bien esta situación no se ha presentado únicamente en el caso de las personas menores de edad, pues otros grupos sociales —como las mujeres— también han enfrentado fuertes dificultades en el reconocimiento de los derechos, en el caso de niñas y niños esta exclusión sigue vigente, tanto en el texto constitucional como en la eficacia de los derechos humanos.

El texto original de 1917 no contenía mención alguna sobre las personas menores de edad. Ello no resulta del todo extraño, pues, en primer lugar, no se había extendido aún la idea de la universalidad de los derechos humanos, aunque ciertamente el texto establecía claramente: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías individuales que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y condiciones que ella misma establece". En los artículos subsecuentes se enunciaba un catálogo de derechos

(entonces garantías individuales) que claramente excluían a las personas menores de edad, como la libertad de profesión, la libre manifestación de las ideas, la libertad de escribir y publicar escritos, el derecho de petición, la libertad de asociación, el derecho a poseer armas, la libertad de tránsito, por mencionar algunos. Solamente se distinguía, al igual que hoy, a los ciudadanos como aquellos mexicanos que hubieran cumplido "dieciocho años siendo casados, o veintiuno si no lo son". La calidad de ciudadanos se vinculaba, en el artículo 35, con el derecho al voto. Cabe destacar que estos artículos han permanecido prácticamente intactos en los 100 años de vida constitucional. Parece ser entonces que las niñas y los niños se consideraban "naturalmente" excluidos de la tutela constitucional de las garantías individuales.

Algo análogo ocurría con las mujeres y los derechos políticos. El artículo 30 establecía quienes eran mexicanos. La calidad de mexicano podía ser adquirida por nacimiento o por naturalización. Los primeros eran aquellos que nacieran de padres mexicanos o aquellos nacidos en el territorio nacional, mientras que los mexicanos por naturalización eran aquellos que optaban por la nacionalidad mexicana bajo algunos supuestos. El artículo 35 establecía que eran ciudadanos de la República aquellos que, teniendo la calidad de mexicanos, reunieran los siguientes requisitos: la edad —ya mencionada— y tener un modo honesto de vivir. A la calidad de ciudadano se vinculaba —como ya se dijo— el derecho al voto. Es decir, el único requerimiento necesario para tener el derecho al voto —desde una interpretación literal del artículo— era la calidad de mexicano y la edad, por lo tanto las mujeres que cumplían con ambos requisitos deberían haber sido titulares del derecho al voto.

Es ampliamente sabido que esto no fue así, pues fue necesaria una reforma constitucional al mencionado artículo 34 que reconociera explícitamente que se refería a varones y mujeres, para que las últimas pudieran ejercer el derecho al sufragio. Una explicación plausible a esta realidad de las primeras décadas del siglo XX en México se vincula con las percepciones sociales sobre las mujeres, la ciudadanía y los derechos políticos.

Los estudios sobre la evolución de los derechos de las mujeres muestran que, durante siglos, se consideró que por "naturaleza" las mujeres solamente estaban interesadas y capacitadas para desempeñar las actividades dentro del ámbito de lo "privado". Derivada en buena medida de la capacidad para la maternidad biológica, las mujeres fueron confinadas a las labores de cuidado, manteniéndose ajenas al espacio público y a la toma de decisiones políticas que correspondían en exclusiva a los varones. Es por ello que no se interpretaba que tenían el derecho al sufragio, pese a que el texto constitucional no lo reservaba expresamente a los varones.

Lo anterior muestra, en mi opinión, como en muchas ocasiones, las percepciones sociales condicionan el ejercicio del derecho. Algo similar ocurrió, y sigue ocurriendo, con las niñas y los niños. Se asume como "natural" y evidente que deben ser excluidos del ejercicio de ciertos derechos, aunque ello no se desprenda del texto legal o constitucional.

Hay que resaltar que esto no es exclusivo de nuestro texto constitucional, sino que se extiende a los instrumentos internacionales que consagran derechos humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no mencionan expresamente que la titularidad y ejercicio de los derechos está condicionado por la edad. Se limitan a reconocer la universalidad de los derechos para todas las personas. Sin embargo, una buena parte de los derechos recogidos en estos instrumentos internacionales están reservados a las personas mayores de edad o requieren de ciertas condiciones para su ejercicio en el caso de niñas y niños. Esto deriva, presumiblemente, de la forma en que socialmente se ha concebido a la infancia. Es por ello que la evolución de los derechos de este grupo social se ha dirigido hacia el reconocimiento de derechos específicos. En el caso de la Constitución mexicana este proceso ha sido errático.

Una de las características de este tipo de procesos es que, cuando la negación de los derechos deriva de condiciones que se perciben como autoevidentes, resulta más difícil su modificación. En este sentido, es más sencillo proponer una transformación cuando hay una formulación expresa abiertamente autoritaria y restrictiva de los derechos, pues se puede construir una argumentación sobre la base de lo que está reconocido. Es decir, se puede poner en evidencia, por difícil que sea, el rasgo injusto de una norma que excluye a ciertas personas. Cuando esta restricción se da por sentada, no hay base sobre la que formular una argumentación, es algo que ni siquiera se ve. Por ello hay que comenzar por construir el discurso y a los sujetos mismos. Esto mismo ocurrió, como ya se dijo, en el caso de las mujeres. Esta tarea es ardua, pues incluso es considerada como ridícula y poco relevante. No hay debate porque no hay sujetos. Es necesaria entonces la labor de visibilización.

Otro de los obstáculos en este tipo de procesos es la simplificación que conduce, por un lado, a que todo mundo parece comprender el problema y, por el otro, a que exista un aparente acuerdo. Lo primero sucede en este caso con algunos expertos en derechos humanos, que no asumen que el reconocimiento de los niños y las niñas como titulares de derechos humanos entraña tensiones de fondo entre la concepción liberal de los derechos y el atribuirlos a las personas menores de edad. En el segundo caso, hay un discurso políticamente correcto que acepta los derechos de los niños, pero carente de un sustento teórico, justamente por no hacerse cargo de los problemas que entraña la universalidad de los derechos tal como la concebimos hoy en día en los tratados internacionales y en el texto constitucional. Esto conlleva a que el discurso no pueda aplicarse en la realidad.

II. La evolución de los derechos de niñas y niños en la Constitución mexicana

El texto constitucional de 1917 contemplaba la obligación de los mexicanos de hacer que sus hijos o pupilos menores de quince años concurrieran a las escuelas para recibir educación primaria. Más allá de este deber, no se hacía mención de las personas menores de edad. Fue hasta 1980, que se reforma al artículo 4o. constitucional para establecer el deber de los padres de *preservar el derecho de los menores a la satisfacción*

de sus necesidades y a la salud física y mental. Dicha reforma constitucional se dio a partir de la declaración de Naciones Unidas de considerar el año 1979 como el "Año Internacional del Niño". Esta declaratoria deriva de una preocupación por las situaciones de los niños en el mundo, que llevó a la Asamblea General de Naciones Unidas a promover que los Estados sometieran a revisión los programas destinados a la infancia y a fortalecer al Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Unicef). En ese mismo año, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU integra el grupo de trabajo para redactar la Convención sobre los Derechos del Niño, que sería aprobada diez años después. La iniciativa era originalmente de Polonia, que había propuesto, un año antes, crear un instrumento jurídicamente vinculante que protegiera los derechos de los niños.

Aunque pudiera parecer a primera vista que México fue acorde con los acontecimientos a nivel internacional, esto no fue necesariamente así por varias razones. En primer lugar, en el ámbito internacional existían ya documentos que reconocían derechos del niño que, pese a no ser tratados internacionales, sí contenían orientaciones para dar una cierta protección jurídica a este grupo de población desde un incipiente enfoque de derechos. Es el caso de la Declaración sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. En este documento se reconocen diez principios que derivan de los derechos del niño: 1) Reconocimiento de todos los derechos sin discriminación; 2) Derecho a una protección especial e interés superior del niño como consideración principal en la promulgación de leyes; 3) Derecho al nombre y nacionalidad; 4) Derecho a la seguridad social, salud, alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos; 5) Derechos de los niños con discapacidad o con necesidades especiales; 6) Derecho a ser cuidado por sus padres y derechos de los niños sin cuidados parentales; 7) Derecho a la educación y derecho al juego y recreación; 8) Derecho a tener atención prioritaria; 9) Derecho a la protección contra la explotación y el trabajo antes de la edad mínima permitida; y 10) Derecho contra prácticas discriminatorias y a la educación para la paz.

Cabe mencionar que hay un antecedente previo a la Declaración de 1959 que se dio en el contexto de la Sociedad de Naciones. Se trata de la Declaración de Ginebra de 1924, en la que se reconocen por primera vez derechos específicos para niñas y niños.

Por otra parte, la visión que adoptó México fue muy lejana a la que se asumió en el ámbito internacional pues, lejos de reconocer a los niños como titulares de derechos, estableció una serie de deberes para los padres, confirmando así una visión de los mismos como sujetos del derecho privado, como puede advertirse cuando contrastamos el texto constitucional del artículo 4o. con los principios recogidos en la Declaración. Algo similar ocurrió con las reformas posteriores en la materia.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, tras diez años de discusión. El documento consta de 54 artículos en los que se recoge un amplio catálogo de derechos del niño, que se han agrupados en los siguientes rubros: medidas generales de aplicación; derechos civiles y libertades; entorno familiar y otro tipo de tutela; salud

básica y bienestar; educación, esparcimiento y actividades culturales; y medidas especiales de protección.[1]

Una de las obligaciones establecidas por la Convención a los Estados Partes fue la de adoptar *todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos*, de tal manera que, México, al ratificar el instrumento internacional, tenía la obligación de adecuar su marco normativo. Pese a este deber claramente definido, no fue sino hasta 2000 que nuestro país modificó el texto constitucional para incluir por primera vez a las niñas y niños en el artículo 4. Pese a que la reforma significó un avance, la redacción distó mucho de recoger los contenidos del tratado internacional. Se adicionaron al artículo 4o. los siguientes párrafos:

> Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.
>
> Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.
>
> El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Pese a la aparición de niñas y niños en la Constitución, la realidad es que ésta refleja de manera muy pobre la Convención, en tanto se limita a recoger algunos derechos a la satisfacción de ciertas necesidades. En contraste, el tratado contempla una amplia variedad de prerrogativas que integran un sólido marco jurídico para el reconocimiento de niñas y niños como personas. No puede negarse, empero, que la reforma constituyó un avance en relación con la redacción anterior y con la ausencia de las niñas y niños en una buena parte de la historia constitucional.

Con la reforma constitucional se publicó también la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que tenía como objetivo reglamentar los derechos del artículo 4o. A lo largo de los años siguientes se publicaron leyes en la materia en los estados y el entonces Distrito Federal, sin embargo, estas leyes no fueron acompañadas de una transformación institucional sustantiva, que garantizara los nuevos derechos.

El 12 de octubre de 2011 se publicó una nueva reforma al artículo 4o., junto con la adición de la fracción XXIX-P al artículo 73. Mediante éstas se incorporó al texto constitucional el principio del "interés superior de la niñez" y se otorgaron facultades al Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de derechos de la infancia con el fin de establecer la concurrencia entre la Federación, las entidades federativas y los municipios. Cabe señalar que en junio de ese mismo año se había publicado la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que reconoce en el artículo 1o. la jerarquía constitucional de los derechos reconocidos en tratados internacionales.

---

[1] Comité de los Derechos del Niño (1991), *Basic Reference Document*, Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados parte con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención, CRC/C/5.

La evolución del artículo 4o. es muestra del errático proceso del reconocimiento de los derechos de las niñas y los niños en México. Por una parte, se reconocen los avances que se reflejan con las reformas constitucionales, sin embargo, éstos también reflejan la falta de una adecuada comprensión de la naturaleza de estos derechos y de la importancia de su adecuada integración en el texto de nuestra carta magna.

Durante la mayor parte del siglo XX la Constitución no recogió los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad, presumiblemente porque había una idea extendida de que no era necesario, como parecen mostrar algunos datos sobre percepciones sociales que se abordarán más adelante. Con la reforma de 1980 irrumpe tímidamente en nuestra norma fundamental los identificados como *menores*, destinatarios de los deberes de los padres.

En 2000 aparece un nuevo lenguaje, el de las niñas, y los niños y se les visibiliza como titulares de algunos derechos que eran mucho más limitativos que los recogidos en el derecho internacional.

La reforma de 2011 es, en contraste, desconcertante. La inclusión de los principios rectores de la Convención había sido una demanda histórica de los especialistas y de los activistas en la materia, sin embargo, la redacción del artículo 4o. fue desafortunada.

En primer lugar, porque los principios rectores de la Convención son cuatro, según el Comité de los Derechos del Niño:[2] no discriminación, interés superior, derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, y respeto a los puntos de vista del niño.[3] Aunque ciertamente el interés superior del niño es el más utilizado y desarrollado, especialmente en el ámbito judicial, no hay una justificación para privilegiar un principio sobre los otros en el texto constitucional.

En segundo lugar, la reforma muestra una preocupante incomprensión de los efectos del artículo 1o. en relación con la naturaleza de los derechos consagrados en los párrafos 8, 9 y 10 del artículo 4o. El artículo 1o. incorpora los derechos humanos contenidos en tratados internacionales ratificados por México a la protección constitucional. Por esta razón, al ser un tratado de derechos humanos, la Convención, con sus cuatro principios, estaba incluida ya en la Constitución. Al ser el derecho internacional mucho más protector, el artículo 4o. quedaba como una reminiscencia histórica, con una enumeración ya rebasada de los derechos. Tal parece que el constituyente no lo interpretó de esta manera, develando una confusión sobre el carácter de derechos humanos de las niñas y los niños.

Sin embargo, no todo es negativo, pues la reforma al artículo 73 dio pie a la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y, con ésta, a la creación de una nueva institucionalidad a favor de los derechos de la infancia.

---

[2] El Comité de los Derechos del Niño es el órgano encargado de vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención por parte de los Estados. Está contemplado en el artículo 43 del tratado internacional.

[3] Comité de los Derechos del Niño (2003), Observación General núm. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).

III. Los derechos de niñas y niños desde las percepciones sociales

Otro aspecto clave en materia de derechos de niñas y niños tiene que ver con las percepciones sociales sobre el tema. Ello es relevante por varias razones: en primer lugar porque hay una fuerte vinculación entre la posibilidad de ejercer los derechos y las visiones de cierto grupo social, como ocurrió en el caso de las mujeres. En esta línea puede afirmarse la interrelación entre las percepciones sociales y el derecho. Por una parte, el derecho deriva de las percepciones sociales, pero al mismo tiempo puede tener como finalidad modificar prácticas sociales, por ejemplo, en los casos de discriminación. Sin embargo, la simple creación de una norma jurídica no modifica la realidad social, sino que requiere de acciones encaminadas a transformar la actuación de las personas. En el caso de los derechos humanos esta relación es clara.

En el caso de las niñas y niños esta relación es aún más determinante, pues tanto por su condición de desarrollo como por la incapacidad jurídica que el derecho les atribuye, requieren necesariamente de una mediación frente al sistema jurídico. Tradicionalmente esta representación les ha sido atribuida a los padres a través de la figura de la patria potestad. Esto los convierte en actores fundamentales en el ejercicio de los derechos humanos de niñas y niños.

Ha sido precisamente la configuración de las relaciones familiares la que ha dibujado el tratamiento jurídico hacia la infancia. En la mayoría de los países —y México no es la excepción— se atribuye a los progenitores el poder sobre las decisiones de las hijas e hijos menores de edad, desde hace muchos siglos. Esta forma de regular las relaciones familiares hunde sus raíces en las percepciones sociales. De esta manera tenemos un escenario de compleja resolución: los instrumentos internacionales, la Constitución y las leyes reconocen a niñas y niños como titulares de derechos, pero para hacerlos efectivos éstos dependen de sus padres o tutores. Los padres o tutores se resisten a reconocer a los niños como titulares de derechos, de tal manera que no permiten su ejercicio y no acompañan esta representación.

Por otra parte tenemos situaciones en donde son los propios padres o familiares quienes vulneran los derechos de la niña o el niño, como sucede claramente en los casos de violencia familiar.

Los resultados de algunas encuestas corroboran esta afirmación. En la encuesta sobre niños y jóvenes de "Los mexicanos vistos por sí mismos",[4] se preguntó a las personas qué derechos debían tener las niñas y los niños. Sólo el 65.9% respondió que deben tener los derechos que les da la ley, mientras que el 26% opina que deben tener los derechos que sus padres les quieran dar. Un 5.3% piensa que no tienen derechos por ser menores de edad. Estas cifras muestran con meridiana claridad las enormes dificultades que han enfrentado

Para comprender mejor este tema pongamos como ejemplo el maltrato infantil: desde hace algunos años hay un marco jurídico —aunque incipiente y poco claro—

[4] *Los mexicanos vistos por sí mismos. Los grandes temas nacionales. Encuesta Nacional de Niños, Adolescentes y Jóvenes*, México, UNAM, 2015.

para proteger a las personas de la violencia familiar. En algunos códigos penales está tipificada como delito,[5] además de estar regulada en diversos tratados internacionales, entre ellos la Convención. Por otra parte, el llamado "derecho de corrección", que se interpretaba como la posibilidad de ejercer violencia hacia las hijas y los hijos, fue desapareciendo en las últimas décadas del siglo XX de los códigos civiles. Pese a las reformas legales mencionadas, el maltrato infantil en la familia está lejos de ser erradicado como herramienta para la educación de los niños.

Pese al avance legislativo sigue existiendo una gran aceptación de la violencia física dentro del ámbito familiar. En la encuesta antes mencionada, el 40% de las personas considera que se justifica pegarle a un niño cuando se porta mal, el 25.3% cuando es necesario para educarlo e incluso un 11.6% acepta que se puede pegar a un niño cuando el papá o la mamá está enojado. Tan sólo un 13.4% considera que nunca debe golpearse a un niño.

Si tenemos en cuenta que, además, los progenitores son los representantes legales del niño, se evidencia lo crítico de la situación. Parece entonces que quienes pueden ser los principales vulneradores de derechos son, además, quienes tienen la obligación, según el artículo 4o. constitucional, de garantizar sus derechos y hacerlos valer ante la autoridad.

La obligación del Estado sería asegurar mecanismos para que, en los casos de vulneración de los derechos en el ámbito familiar, éstos fueran restituidos, de acuerdo con los tratados internacionales. Sin embargo, la capacidad para dar respuesta en estos casos es muy limitada. En primer lugar porque no había una autoridad con un mandato claro en la materia. Los sistemas DIF, a quienes se ha atribuido funciones en este rubro, diferían en sus diseños, capacidad y funcionamiento, al ser el derecho de familia competencia local. Por otra parte, tampoco esta instancia de gobierno cuenta con la estructura y recursos necesarios para dar atención a los casos de maltrato dentro de las familias. Otro problema importante es el hecho de que no existen mecanismos accesibles para detectar y dar atención a los casos de violencia.

Esta situación quedó dramáticamente revelada en los últimos años. Al carecer de capacidad institucional, el DIF —y otras instancias de gobierno— canalizaba a las niñas y los niños separados de sus padres por cualquier motivo a instituciones privadas, sobre las cuales no tenía una verdadera supervisión. Estas condiciones fueron las que posibilitaron que las personas menores de edad fueran lamentables protagonistas de escándalos como los de Casitas del Sur[6] o de Mamá

[5] Código Penal Federal. Artículo 343 bis. Comete el delito de violencia familiar quien lleve a cabo actos o conductas de dominio, control o agresión física, psicológica, patrimonial o económica, a alguna persona con la que se encuentre o haya estado unida por vínculo matrimonial, de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, concubinato, o una relación de pareja dentro o fuera del domicilio familiar.

[6] El caso de "Casitas del Sur" se dio a conocer en 2008, cuando una abuela denuncia la desaparición de su nieta de este albergue ubicado en la Ciudad de México. La institución era administrada por una asociación religiosa, a la cual la PGJDF canalizaba a niñas y niños vinculados con alguna averiguación previa. A raíz del caso concreto se dio a conocer la desaparición de más niños internados en el albergue y la presunta implicación en tráfico de menores por parte de personas relacionadas con la institución.

Rosa,[7] por mencionar aquellos que salieron a la luz pública. En ambos casos se trataba de instituciones que atendían a niñas y niños en condición de abandono, muchos de ellos remitidos por las autoridades para su cuidado. El Estado incumple así con la obligación de garantizar al niño el derecho a vivir en familia y, mucho peor, los pone en situación de riesgo de maltrato, explotación e incluso trata de personas. Es decir, vulnera a quienes ya se han visto vulnerados.

El esquema de canalización a instituciones privadas ha sido la constante en México. No hay duda de que muchas de estas organizaciones o personas, incluso las que se han visto envueltas en escándalos, han tenido un origen altruista y solidario, que ha derivado con el paso de los años en las condiciones ya conocidas. Sin embargo, hay que dejar claro que se trata de una obligación irrenunciable del Estado que ha incumplido durante largos años. Esta visión no es conocida tampoco por el imaginario social, pues los debates cuando las condiciones de algunos albergues han salido a la luz pública, se han centrado en las personas responsables de las organizaciones y no se advierte una exigencia de que sea a el Estado quien asuma esta función que ha delegado a particulares, en la mayoría de los casos también sin apoyo alguno.

Es importante hacer notar que lo anterior se ve agravado por una imagen social privatizada de la familia. Esto significa que las personas suelen ver a la familia como un espacio privado en donde los progenitores pueden decidir el tipo de trato que quieren dar a sus hijos y la forma de educarlos. Una respuesta que no nos sorprendería recibir si interviniéramos ante una situación de violencia es: "es mi hijo". Esta reacción esperada, así como la visión sobre la titularidad de los derechos de la que hablamos —"los niños tienen los derechos que sus padres les quieran dar"— muestra que aún existen fuertes resistencias a aceptar que los niños y niñas *ya* son titulares de derechos.

El resultado es la tormenta perfecta: un marco jurídico relativamente bueno, pero un entorno social que no identifica estos derechos por quienes tienen el deber de respetarlos y hacerlos cumplir con una gran debilidad institucional. La realidad es que la ley, en la mayoría de las ocasiones, es letra muerta para millones de niñas y niños en este país y su calidad de personas no se ve reconocida.

Es aquí donde cobra especial relevancia el tema de la presencia del Estado como garante de los derechos de las niñas y niños a través de un diseño institucional adecuado, que hasta hace muy poco tiempo fue extremadamente precario en nuestro país.

IV. 2014: UN PUNTO DE INFLEXIÓN

En septiembre de 2014 fue enviada por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confiere la fracción I y el tercer párrafo del artículo 71 de

[7] Rosa Verduzco, conocida como "Mamá Rosa" dirigía el albergue "La gran familia" ubicado en Zamora, Michoacán. Tras varias denuncias, la policía y el ejército intervinieron en la institución, en donde encontraron condiciones deplorables de las personas internas en el albergue.

la Constitución, una iniciativa para trámite preferente al Presidente del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, como consecuencia de la reforma aprobada en 2011 al artículo 73. La iniciativa detonó un interesante y amplio proceso de discusión, que culminó con la aprobación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes el 6 de noviembre de 2014 y su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre del mismo año.

La ley consta de 154 artículos organizados en seis títulos: De las disposiciones generales; De los derechos de niñas, niños y adolescentes; De las obligaciones; De la protección de niñas, niños y adolescentes; De la protección y restitución integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes; y De las infracciones administrativas.

La importancia de la ley radica en que, por primera vez en la historia de nuestro país, se reconoce a las personas menores de edad no sólo un amplio catálogo de derechos acorde con los tratados internacionales, sino que, además, se crean las instituciones que tienen como función garantizar el cumplimiento de los derechos. La ley prevé un mecanismo que se configura como un sistema que implica articulación y capacidad de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. El artículo 125 prevé la creación del Sistema Nacional de Protección Integral que tiene la función de "establecer instrumentos, políticas, procedimientos, servicios y acciones de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes", mediante acciones de coordinación, difusión, capacitación, promoción y supervisión. El Sistema está integrado por cuatro sectores: Poder Ejecutivo Federal (presidente de la República y secretarios de estado), entidades federativas (gobernadores y jefe de gobierno), organismos públicos (fiscal general, presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y comisionado presidente del Instituto Federal de Telecomunicaciones) y sociedad civil, así como niñas y niños seleccionados por el propio Sistema. El artículo 130 prevé la creación de una Secretaría Ejecutiva que será un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación y se encargará de las funciones operativas del Sistema. Se contempla la creación de sistemas estatales y municipales.

Por otra parte, el artículo 121 prevé la creación de una Procuraduría de Protección dentro de la estructura del Sistema Nacional DIF, para una "efectiva protección y restitución de los derechos de niñas, niños y adolescentes". En las entidades federativas la adscripción orgánica y naturaleza jurídica de las procuradurías será determinada por la legislación local, según lo establece la propia ley.

V. La agenda a futuro

El reconocimiento y garantía de los derechos de niñas y niños ha sido lento y tortuoso. Nuestro marco constitucional sigue siendo insuficiente e incoherente, pero sin duda alguna la ley general y la creación de los sistemas de protección, tanto el federal como los locales, constituyen un gran avance. Lo mismo ocurre con las procuradurías, que tienen, entre otras funciones, la de representar jurídicamente a niñas

y niños, especialmente cuando hay un conflicto de intereses con los padres. Esto supone que se cuenta ya con herramientas efectivas para distinguir al niño como persona, más allá de la familia, y garantizar sus derechos.

El camino de la transformación institucional no ha estado exento de sinsabores. Pese a la importancia de la ley y del sistema, no ha logrado ser del todo superada la visión del tema de la infancia como algo que compete a las mujeres. Prueba de ello es que en la instalación de los sistemas de protección han estado presentes, cuando no han sido impulsados, por las cónyuges de las autoridades, incluido el Presidente de la República. Es evidente que las esposas de las autoridades no tienen legitimidad democrática y que su participación deriva de estereotipos de género y de la infancia, como ha sido tradicional en la historia de México.

La agenda de los derechos de niñas y niños es a largo plazo. Implica una obligación activa por parte del Estado en la transformación de las percepciones sociales que han sido obstáculo para la vigencia de los derechos humanos. A lo anterior se suma un reto adicional, el construir mecanismos para que las niñas y los niños puedan participar activamente en las decisiones que les afectan, lo que será un gran aporte a la vida política de nuestro país y al fortalecimiento de la igualdad entre las personas consagrada en nuestra centenaria Constitución.

FISCALIZACIÓN SUPERIOR, CORRUPCIÓN E IMPUNIDAD

Arturo GONZÁLEZ DE ARAGÓN

SUMARIO: I. *Constitución de Cádiz*. II. *Constitución de Apatzingán (Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana)*. III. *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1824 (Constitución federalista)*. IV. *Bases Constitucionales, 1835 (Constituciones centralistas)*. V. *Siete Leyes Constitucionales, 1836*. VI. *Bases de organización política de la República Mexicana, 1843*. VII. *Constituciones federalistas. Acta Constitutiva y de Reformas, 1847*. VIII. *Constitución de 1857*. IX. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 1917.

Después de cumplir un poco más de 192 años de la existencia de la entidad de fiscalización superior de la federación, actualmente Auditoría Superior de la Federación (ASF), y de 100 años de la promulgación de nuestra Constitución de 1917, es ocasión propicia para hacer algunas reflexiones sobre el papel que ha cumplido la fiscalización superior en el desarrollo de nuestro país.

En el Imperio Azteca existía la figura del *Calpixqui*, como recaudador de tributos, responsable de resguardar el tesoro del imperio. El fallar en su encomienda, tenía como consecuencia la pena de muerte.

La rendición de cuentas y la fiscalización (revisión de cuentas) en nuestra historia primigenia se entendían, como la premisa simple y llana de recoger y repartir el tributo y consumirlo en bienestar de toda la sociedad, que fue lo que llevó a un estricto control a cargo del *Tlatoani* (gobernante), quien personalmente llevaba a cabo la tarea de supervisar el ingreso, el recuento y su distribución. En su organización y división territorial, así como en su sociedad cuidadosamente estratificada y con funciones específicas para cada uno de sus integrantes, se percibían claramente el orden y cumplimiento de las normas que regían los derechos y obligaciones de la comunidad.[1]

[1] Auditoría Superior de la Federación, *1824-2004, 180 años de rendición de cuentas y fiscalización en México*, presentación C.P.C. Arturo González de Aragón, México, Comisión de Vigilancia, Cámara de Diputados, 2006, p. 14.

Cuando se consuma la conquista española, eran precisamente los aztecas quienes dominaban el territorio mesoamericano y su organización imperaba como orden establecido a lo largo y ancho de la tierra que habitaban. Con la experiencia de su cultura y para contribuir a su economía, los españoles aprovecharon el arraigo de los mecanismos de control y distribución establecidos, enriqueciéndolos con elementos europeos, particularmente españoles, respecto al tema de la rendición de cuentas.[2]

En México, durante la época colonial, se implantó un sistema económico que, al igual que en otras colonias dependientes de España la "Madre Patria", tendía a garantizar la vida de éstas, procurando siempre el mayor rendimiento a favor de la corona española.[3]

El deseo y la demanda de libertad fueron consecuencia del clamor de igualdad y fraternidad. La abolición de la esclavitud decretada por Miguel Hidalgo en 1810 fue expresión de un ánimo generoso que dio a la Independencia un alcance auténtico y que, años más tarde, marcó en los principios constitucionales de Apatzingán. La guerra de independencia en los inicios del siglo XIX culmina con la Constitución de 1824.[4]

Con la promulgación de la Constitución de 1824 se crea la República Federal. Se otorga la autonomía de los estados y la división de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial para gobernar y dirigir los destinos de la nación. Se reconoce la supremacía del Poder Legislativo como depositario de la atribución de emitir leyes y decretos para sostener la independencia nacional, conservar y proveer de seguridad al país, fortalecer la unión de los estados, autorizar los recursos del presupuesto y revisar sus cuentas, buscando con ello, la prosperidad, preservación y seguridad de la nación.

La Contaduría Mayor de Hacienda nació en 1824 como parte del Poder Legislativo, para revisar las cuentas del país. Se encargó al Poder Ejecutivo la organización de la política, la economía y la sociedad, haciendo uso de los elementos que permitieran crear instituciones para el funcionamiento del país.

El 16 de septiembre de 1824, el Congreso General decretó la Ley para el Arreglo de la Hacienda Pública, y con esa misma fecha, se ordenó la creación de la Contaduría Mayor de Hacienda que, bajo la inspección de la Cámara de Diputados, se encargó de examinar y glosar las cuentas de gastos y crédito público, de analizar los presupuestos de gastos con su respectivo informe a la comisión de diputados, de hacer cuenta, observaciones y reparos a la recaudación, distribución e inversión de las rentas nacionales, así como de glosar los cortes de caja de las oficinas de Hacienda, que se dividió en dos secciones: la de hacienda y la de crédito público.

La Contaduría Mayor de Hacienda continuó así hasta la promulgación de la ley del 14 de marzo de 1838, en que pasó a formar parte del Tribunal de Cuentas, que se extinguió por decreto del 2 de septiembre de 1846, restableciéndose nuevamente la Contaduría Mayor de Hacienda, hasta 1853, cuando nuevamente se crea el

[2] *Ibidem*, p. 15.

[3] *Ibidem*, p. 16.

[4] *Ibidem*, p. 17.

Tribunal de Cuentas, el cual tuvo vigencia hasta el 10 de octubre de 1855, fecha en la que regresó a su figura de Contaduría Mayor de Hacienda, que operó hasta 1865 en que se dio la Emisión Provincial del Imperio Mexicano que reconstituyó una vez más el Tribunal de Cuentas, hasta la restauración de la República en 1867. El 20 de agosto de dicho año la Contaduría Mayor de Hacienda retornó a su nombre y concepción original.[5]

A partir de 1867 y hasta 1999, la Contaduría Mayor de Hacienda no sufrió cambios en su denominación, habiendo operado durante ese periodo bajo un proceso más estable en su regulación jurídica, el cual contrasta con la etapa anterior, en la que estuvo sujeta a decretos que respondían, en la mayoría de las ocasiones, a situaciones de coyuntura de orden político, principalmente, así como a necesidades apremiantes y circunstanciales de ese tiempo.

Durante la época porfirista, en que el país gozó de estabilidad y paz, se dio énfasis a la administración pública y al presupuesto federal, lo que impulsó la función y actuación fiscalizadora del Poder Legislativo.

Esas circunstancias derivaron en un cambio sobre la manera de regular atribuciones y funciones, dando la pauta para decretar, en 1896, la primera Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda, a la que le sucedió, bajo el gobierno porfirista, la de 1904. Reflejo de la paz social y la continuidad de las instituciones en el siglo XX, fue que sólo dos leyes orgánicas resultaron suficientes para conformar su marco normativo: las reformas de la etapa cardenista en 1937 y, dentro del contexto de la reforma administrativa para la planeación del desarrollo, la de 1978.

En este contexto histórico, los grandes cambios y propósitos desde la Constitución de Cádiz hasta la Constitución social de 1917, de forma breve se describen a continuación.

I. Constitución de Cádiz

Promulgada el 19 de marzo de 1812, se dividió en 10 títulos integrados por 384 artículos.

Principios

Monarquía constitucional. La soberanía reside esencialmente en la nación. Principio de separación de poderes, limita los poderes del rey y estipula el sufragio universal.

Garantías jurídicas y sociales: libertad de imprenta, derecho a la propiedad, abolición de los señoríos, incorpora como ciudadanos a todos los nacidos en territorios americanos y proclama un Estado católico.

[5] *Ibidem*, p. 18.

Principales disposiciones

- La nación española está compuesta por los españoles de ambos hemisferios.
- La nación es libre e independiente y no puede ser matrimonio de ninguna familia ni persona.
- La soberanía reside esencialmente en la nación y a ésta pertenece el derecho de establecer sus leyes fundamentales.
- La religión es y será la católica y se prohíbe el ejercicio de otra.
- La nación está obligada a proteger mediante leyes la libertad civil, la propiedad y los derechos legítimos de los individuos que la componen.
- La felicidad de la nación es el objeto del gobierno.
- Los poderes del Estado son tres: el Legislativo, en las cortes reales con el rey; el Ejecutivo, el rey, y el Judicial, con los Tribunales de Justicia.
- La forma de gobierno es la de una monarquía moderada y hereditaria.

Promulgada en México el 30 de septiembre de 1812 por el virrey Francisco Xavier Venegas, fue la primera Constitución formal que rigió en nuestro país.

En 1814, una vez expulsados los franceses de España, Fernando VI rechazó el régimen de Cádiz y mediante un golpe de estado reinstauró el antiguo régimen absoluto hasta 1820.

En 1820 una rebelión liberal obligó a Fernando VI a acatar la Constitución de Cádiz, que fue proclamada por segunda vez en México el 3 de mayo de ese año.

II. Constitución de Apatzingán (Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana)

Promulgada el 22 de octubre de 1814. Conformada por 22 capítulos integrados por 242 artículos. Elaborada por el Congreso Nacional designado por el bando insurgente, con base en los *Sentimientos de la Nación* de José María Morelos y Pavón.

Principios

Régimen republicano de gobierno. Se otorga la facultad de dictar leyes y estatuir la forma de gobierno que más convenga a la sociedad; establece que la soberanía reside originalmente en el pueblo; los tres poderes no pueden ser ejercidos por una sola persona ni una sola corporación; el ejecutivo se compondrá por tres personas en igualdad de autoridad y responsabilidad; en cuanto a la forma de organización se da la división de poderes; principios de igualdad, de seguridad, de propiedad, de libertad y la presunción de inocencia, proclama a la religión católica como la única.

Principales disposiciones

- La soberanía es imprescriptible, inajenable e indivisible.
- Se reputan ciudadanos de América todos los nacidos en ella, así como los extranjeros que no se opongan a la libertad de la nación y profesen la religión católica, apostólica y romana.
- La ley es la expresión de la voluntad general, en orden a la felicidad común y debe ser igual para todos.
- La felicidad del pueblo consiste en el goce de la igualdad, la seguridad, la propiedad y la libertad.
- Las supremas autoridades son el Supremo Congreso Mexicano, el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia.

Vigencia: nunca estuvo vigente.

III. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1824 (Constitución federalista)

Jurada el 5 de octubre de 1824. Consta de 171 artículos distribuidos en ocho (VIII) títulos. Esta Constitución se basa en la de Cádiz y en la Constitución de Estados Unidos.

Principios

República federal representativa. La nación mexicana es soberana y libre de España y de cualquier otra nación; faculta la división de poderes; funciona con un congreso bicameral; el poder ejecutivo reside en una persona; se establece la figura del vicepresidente; el poder judicial reside en la corte superior de justicia.

Garantías jurídicas y sociales: restringe el principio de igualdad por la permanencia del fuero eclesiástico y militar; restringe la libertad de culto; establece la libertad de imprenta.

Principales disposiciones

- El Poder Ejecutivo se deposita por cuatro años en un individuo, el presidente, cuyas faltas serán suplidas por un vicepresidente. La elección de ambos la llevan a cabo las legislaturas de los estados.
- El Poder Legislativo se deposita en dos cámaras, la de Senadores y la de Diputados, una de las cuales se renovará totalmente cada dos años.

- El Poder Judicial se deposita en una Suprema Corte, en Tribunales de Circuito y en Juzgados de Distrito.
- Consagra como única religión a la católica.
- Crea la Contaduría Mayor de Hacienda.

Vigencia: hasta 1835.

IV. Bases Constitucionales, 1835 (Constituciones centralistas)

Fin al sistema federal e inicia la etapa centralista.

Principales disposiciones

- Establece como única religión a la católica.
- Sistema de gobierno republicano, representativo y popular.
- El poder se dividía en Legislativo, dividido en dos cámaras, una de Diputados y la otra de Senadores, elegidos popular y periódicamente; Ejecutivo, reside en un presidente, mexicano por nacimiento, elección popular indirecta y periódica, y Judicial, Suprema Corte de Justicia y en los tribunales y jueces que establece la ley constitucional.
- El territorio se divide en departamentos, al frente de los cuales habrá gobernadores y juntas departamentales.

V. Siete Leyes Constitucionales, 1836

Primera ley constitucional, trataba de los mexicanos, sus derechos y obligaciones, así como de los demás habitantes de la república.

Segunda ley constitucional, creó un cuarto poder: el Supremo Poder Conservador, el cual se depositaba en cinco individuos de los que se renovaba uno cada cuatro años. Fue el primer tribunal creado para juzgar exclusivamente los actos de autoridad emanados de los tres poderes generales y cuyas sentencias implicarían la nulidad general del acto impugnado.

Tercera ley constitucional, trataba del Poder Legislativo, sus miembros, la formación de las leyes, las sesiones del Congreso General, y las facultades de las cámaras de Diputados y Senadores.

Cuarta ley constitucional, trataba sobre el Supremo Poder Ejecutivo, que se depositaba en el Presidente de la República por ocho años, con posibilidad de reelección.

Quinta ley constitucional, se ocupaba del Poder Judicial, que sería ejercido por una Corte Suprema de Justicia integrada por 11 ministros y un fiscal, los Tribunales Superiores de los departamentos, los Tribunales de Hacienda y los juzgados de primera instancia a cargo de jueces subalternos. Se mantuvieron los fueros eclesiástico y militar.

Sexta ley constitucional, establecía la división del territorio, disponía que la República se fraccionaría en departamentos, que a su vez se dividirían en distritos y éstos en partidos. En las capitales de los departamentos había ayuntamientos electos popularmente.

Séptima ley constitucional, trataba de las variaciones de las leyes constitucionales, que no podrían llevarse a cabo en el término de seis años, contados a partir de la publicación de la Constitución.

VI. Bases de organización política de la República Mexicana, 1843

Sancionadas por Santa Anna. Divididas en 11 títulos y 202 artículos.

Principales disposiciones

- Reiteran la independencia nacional, el centralismo.
- Establecen que México adopta la forma de gobierno de República representativa y popular.
- Suprimen el Supremo Poder Conservador.
- Admiten sólo la fe católica.

Vigencia: poco más de tres años y prácticamente no se aplicaron. En 1846 se restableció la Constitución de 1824.

VII. Constituciones federalistas. Acta Constitutiva y de Reformas, 1847

Integrada por 30 artículos. Instituyó el juicio de amparo.

VIII. Constitución de 1857

Promulgada el 11 de mayo de 1857. Contaba con ocho (8) títulos, 128 artículos y un transitorio.

Principios

Gobierno republicano, representativo y federal. División de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial; prohíbe la reelección; principio de democracia representativa; congreso unicameral al eliminar al senado; establece el juicio de amparo; se basa en el código francés.

Respecto a las garantías jurídicas y sociales: desamortización de los bienes de la comunidad en general; libertad de enseñanza; igualdad ante la ley; acaba con los fueros y privilegios de la iglesia y el ejército; libertad de asamblea; libertad de portar armas; elimina la prisión por deudas civiles; elimina el tormento, la pena de muerte, las alcabalas y la aduana interna; prohíbe los títulos nobiliarios.

Principales disposiciones

- Sección dedicada a los derechos del hombre.
- Otorga libertades de prensa, enseñanza, trabajo, expresión, petición, portación de armas para seguridad, legítima defensa y tránsito. Garantías procesales y penales; prohíbe las penas trascendentes e infamantes, la retroactividad de la ley, los monopolios y estancos, la propiedad de manos muertas, y garantiza la inviolabilidad del correo. Establece la forma de proceder para suspender garantías.
- Establece las categorías de mexicanos, extranjeros y ciudadanos.
- Establece la división de los tres poderes, su integración, organización y funcionamiento.
- Establece como prerrogativa del ciudadano el voto activo y pasivo, excluyendo de ello a las mujeres.
- La ciudadanía mexicana se adquiere desde los 18 años pero no es hasta los 25 cuando se puede obtener un cargo de elección popular.
- Desaparecen la vicepresidencia y el Senado.
- El voto es universal e igualitario, sin distinción de clases sociales. Sistema de elección indirecto en primer grado y con escrutinio secreto.
- Aparece el principio de que las facultades que no se expresen para la federación se entienden reservadas para los estados.
- Procedimiento de mayoría calificada en el Congreso y en las cámaras de los estados para que obre una reforma constitucional.

IX. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917

Promulgada el 5 de febrero de 1917.

Principios

República democrática, representativa y federal. En cuanto a su organización política es muy similar a la de 1857, estipula la división de poderes, vuelve a ser bicameral y se crean los municipios libres.

En cuanto a las garantías jurídicas y sociales, fue la primera Constitución en incluir los derechos sociales, elimina la reelección, y la figura del vicepresidente; incluye las garantías individuales, la libertad de culto, la enseñanza laica y gratuita y reconoce los derechos de los trabajadores.

En suma, las actividades de la fiscalización superior se encuentran vinculadas a la historia del país. Desde nuestra primera Constitución en 1824, se crea la Contaduría Mayor de Hacienda, la cual se transformó, en el siglo XIX, en tres ocasiones en Tribunal de Cuentas, para que al triunfo de la República sobre el Segundo Imperio, se regresara a la figura original, creándose, a partir de 2000, la Auditoría Superior de la Federación, la que cumplió en noviembre de 2016, ciento noventa y dos (192) años de vida institucional.

Desde tiempos del Imperio Azteca, origen indígena de nuestra raza, y a partir de la conquista española, con el mestizaje, hemos sufrido de la incompetencia, el abuso y la corrupción de muchos gobernantes, que se han enriquecido de manera cínica e impune con el robo del patrimonio de todos los mexicanos. A partir de 1821, con la independencia, el México libre siempre ha tenido, desafortunadamente, dos compañeras inseparables: *la corrupción y la impunidad*.

México, un país de enormes posibilidades antes y después de la conquista española, no ha podido ver realizadas sus potencialidades, por el abuso, la gran corrupción y la enorme impunidad que lo ahogan en el pantano de las frustraciones.

La corrupción y la impunidad que se viven y padecen en América Latina son producto de sistemas políticos sin contrapesos y sin castigos. La diferencia con los países desarrollados consiste en la existencia de sistemas efectivos que los impiden, lo que en el tercer mundo se propicia y tolera. Es un problema sistémico y no es un asunto cultural.

La corrupción en México tiene como principales causas las siguientes: mala calidad de la educación; pérdida acelerada de valores y principios; exceso de tramitología; leyes, normas y reglas poco claras; discrecionalidad excesiva; diseños institucionales inadecuados; falta de sanción a los culpables (impunidad); manipulación de las leyes por parte de policías, ministerios públicos, jueces, magistrados, ministros y partidos políticos; nombramiento de titulares de órganos de fiscalización superior estatales, contralores internos y auditores externos complacientes; sistemas de control y vigilancia laxos; e inobservancia de las mejores prácticas.

Si queremos mejorar al país debemos adoptar, entre otras, las siguientes políticas públicas: tolerancia cero a la corrupción y a la impunidad; sancionar todos los delitos; vigilar a los sancionadores; control interno preventivo; análisis de riesgos; auditorías forenses; fortalecer el control externo (en 16 años la ASF ha recuperado para el patrimonio público más de 100 mil millones de pesos); terminar con la discrecionalidad de los servidores públicos; trámite base cero y confianza al ciudadano.

Además, debemos reducir los incentivos perversos de la corrupción; exhibir públicamente a los corruptos; eliminar las adjudicaciones directas; hacer públicas las declaraciones patrimoniales, fiscales y sobre conflicto de intereses de los servidores públicos; crear sistemas de monitoreo autónomos; reintegrar a la Tesorería de la Federación todos los subejercicios presupuestales; sujetar a fiscalización de la ASF a los partidos políticos; terminar con el fuero constitucional de todos los servidores públicos; hacer que los cargos de elección popular sean cumplidos hasta el final del mandato; reducir al 50% los recursos públicos destinados a procesos electorales; y por último, deslindar la política de los negocios.

En conclusión, estamos muy lejos de contar con un Estado que tenga los instrumentos requeridos para combatir la gran corrupción y la enorme impunidad que afectan a la sociedad y ahogan a la mayoría de los mexicanos. Cuando en la casa no hay gato, hacen fiesta los ratones.

La corrupción existe en todo el mundo, en todos los niveles y sectores de actividad política, económica y social. La corrupción no es privativa de ningún país, región, continente o actividad alguna. La corrupción es un cáncer que corroe los valores fundamentales del hombre y la calidad de vida de la población. La corrupción y la impunidad han sido los principales enemigos del progreso de México.

En las democracias modernas, cuando una sociedad tolera ilegalidades a sus gobiernos, las consecuencias son desastrosas. La legitimidad de un Estado proviene no sólo de aplicar la Ley, sino precisamente de cumplirla. Afirma un principio de derecho que "Ley sin pena no es Ley".

En el México Independiente, a partir de la Constitución de 1824, se otorgó al poder ejecutivo, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), la responsabilidad de normar la contabilidad gubernamental, con el fin de contar con sistemas homogéneos de registro para la preparación y presentación de las cuentas públicas, sin embargo, esta contabilidad estaba diseñada únicamente para llevar el control presupuestal, con base en el flujo de efectivo, es decir el ingreso y el gasto, olvidando el principio del gasto devengado y el registro, control y preservación del patrimonio público.

Ante esta realidad, que prevaleció de manera increíble durante más de 180 años, sin que el gobierno federal, específicamente la SHCP, fuera capaz de crear la contabilidad patrimonial, la ASF señaló reiteradamente, desde 2003, la necesidad de cambiar el sistema de registro contable del gobierno, con el fin de llevar el registro y control del patrimonio público, por lo que fue observada como una de las más importantes áreas de opacidad y riesgo del Estado mexicano.

Durante nuestra gestión al frente de la ASF, tuvimos conocimiento de diversos eventos que comprobaban el grave saqueo de las haciendas públicas y del patrimonio de todos los mexicanos. En una reunión nacional con órganos fiscalizadores, conocimos que en un estado de la república se habían perdido cerca de dos mil vehículos en tan sólo un año. La causa de esta situación se ubicaba en el hecho de que el sistema de contabilidad con base en ingreso-gasto no generaba registros de activos, ni su reflejo en las haciendas públicas, y menos aún, inventarios para controlar y preservar el patrimonio público, pues toda erogación se contabilizaba como gasto.

Detectamos casos en los que los municipios no contaban con ninguna documentación comprobatoria de los gastos efectuados y en otros casos, en los cambios de administración municipal, no se elaboraban actas de entrega-recepción y los servidores públicos salientes dejaban instalaciones vacías, sin recursos económicos, archivos ni bienes y con deudas contraídas, a las que debían hacer frente los funcionarios municipales entrantes. El peor de los mundos.

Conocimos otros casos en los que los inmuebles adquiridos con dinero público se escrituraban a nombre de personas físicas; increíble, pero cierto. Además, como resultado de varias auditorías efectuadas al patrimonio inmobiliario del país, pudimos observar y confirmar las graves irregularidades en esta materia.

Por todo ello, entendimos que el papel de la ASF no sólo era el de fiscalizador en representación del Poder Legislativo y de la sociedad, sino también, el de realizar la función fiscalizadora con una actitud proactiva, que marcara caminos, que señalara pautas, para detectar los grandes problemas que enfrentaba la administración pública, aportando soluciones para resolverlos.

Esta situación se hizo pública, en lo que llamamos "áreas de opacidad y riesgo", las cuales se venían reflejando en los informes de la revisión de las cuentas públicas que rendíamos a la Cámara de Diputados.

Como resultado de la acción fiscalizadora, comprendimos la gran trascendencia de estas áreas sensibles, sobre las cuales se requerían de respuestas puntuales de la administración pública para atenderlas. Estas debilidades debían convertirse en oportunidades de mejora del Estado mexicano.

Ante la importancia de los diagnósticos y las consecuencias que tenían para el país, se publicó una obra titulada *Áreas de opacidad y riesgo en el Estado federal mexicano: oportunidades de mejora*.

Esta publicación contenía el diagnóstico y el pronunciamiento sobre 17 grandes áreas de opacidad y riesgo, las cuales correspondían a las siguientes materias 1. Eficiencia recaudatoria. 2. Fideicomisos, fondos, mandatos y contratos análogos. 3. Educación pública en sus componentes de calidad y cobertura. 4. Pensiones y jubilaciones. 5. Recursos federales transferidos a estados y municipios. 6. Proyectos de infraestructura productiva de largo plazo. 7. Recursos destinados a procesos electorales. 8. Sistema contable gubernamental. 9. Sistema de evaluación del desempeño. 10. Donativos de recursos públicos. 11. Mejora regulatoria. 12. Remuneraciones de servidores públicos. 13. Preservación del medio ambiente. 14. Subejercicios presupuestales. 15. Disponibilidades de recursos. 16. Discrecionalidad de servidores públicos. 17. Regulación y supervisión del estado.

La anterior publicación fue distribuida a todos los poderes y niveles de gobierno, incluyendo legisladores, gobernadores, titulares de dependencias, entidades y órganos autónomos, buscando que se tomaran las acciones requeridas para resolverlas.

Cuando alertamos sobre la falta de control del patrimonio público, se logró convencer a los actores políticos y se contó, venturosamente, con importantes aliados en las Cámaras de Diputados, de Senadores y en los medios de comunicación. Un importante grupo de legisladores de distintas fracciones políticas, comprendieron la

gravedad del problema, y tomaron como propia la atención de esta materia de gran impacto para las finanzas y la preservación del patrimonio nacional.

Sobre el particular, y ante la realidad a la que nos enfrentábamos, firmamos, a principios de 2007, un convenio de colaboración con la Comisión de Vigilancia de la Cámara de Diputados y las secretarías de la Función Pública y de Hacienda y Crédito Público, con el fin de crear las bases de una contabilidad gubernamental, cuyo objetivo primordial era el registro, control y preservación del patrimonio público.

Ante los escasos avances que mostraba la administración pública en cuanto al objetivo de controlar, registrar y preservar el patrimonio público, propusimos a la Cámara de Diputados una modificación al artículo 73 constitucional, para que el Poder Legislativo tuviera la facultad exclusiva de expedir las leyes y las normas en esta materia, quitando esta facultad a la SHCP.

Afortunadamente, hubo un sacudimiento de conciencias, un entendimiento de la problemática, y un apoyo unánime para aprobar esta reforma al artículo 73 constitucional para legislar en materia de contabilidad gubernamental. Con la aprobación de las Cámaras de Diputados, de Senadores y de los congresos estatales, las modificaciones propuestas fueron aprobadas y publicadas el 7 de mayo de 2008, como parte de diversos cambios a nuestra Constitución.

Derivado de ello, un grupo de diputados de todas las fracciones parlamentarias, entendiendo la alta prioridad del tema, preparó un proyecto de Ley General de Contabilidad Gubernamental, con el objetivo de homogeneizar el registro y control del patrimonio público, así como de la obligatoriedad de operar una contabilidad gubernamental en los tres niveles de gobierno, en todos los poderes de la unión y en los órganos constitucionalmente autónomos. Esta iniciativa fue aprobada y publicada por la Cámara de Diputados el 31 de diciembre de 2008, con lo que se espera terminar con el saqueo indiscriminado e impune del patrimonio público nacional que pertenece a todos los mexicanos.

Ésta es una de las decisiones más trascendentes que ha tomado el Poder Legislativo, que compromete a todos los poderes de la unión y a los tres niveles de gobierno, así como a todos los órganos autónomos. Se trata de una de las más importantes reformas que se han instrumentado en el país, en beneficio de la transparencia, la rendición de cuentas y la fiscalización superior. En estas materias no podemos permitir excepción alguna.

En materia de fiscalización superior, a nivel federal se ha avanzado mucho desde la creación de la ASF, la que no ha avanzado al mismo ritmo es la fiscalización en los estados de la República, que en muchos casos ha sido cooptada por los intereses de los gobernadores y partidos políticos en turno, los que manipulan los Congresos para colocar personas afines para proteger sus intereses políticos, tanto al iniciar las gestiones gubernamentales como al término de las mismas, para quedar impunes contra cualquier intención de ser investigados para que rindan cuentas de su gestión.

Por ello, la fiscalización superior debe ser vehículo e instrumento de una nueva cultura de transparencia y rendición de cuentas, usando la ley como espada y escudo

de su actuación, para hacer que los responsables de ejercer el poder político rindan cuentas de manera pública y transparente del mandato recibido.

La fiscalización superior debe honrar el compromiso con la sociedad como privilegio de servicio que trasciende el interés particular. Jamás deben negociar sus resultados a través del intercambio de complacencias para obtener una rentabilidad personal que traiciona los objetivos de su función.[6]

La fiscalización superior debe acreditar ante la sociedad y en beneficio del equilibrio de poderes, la neutralidad, el profesionalismo y la proactividad de sus acciones, en defensa de los intereses superiores de los ciudadanos.

La fiscalización superior debe actuar como conciencia y espejo de la sociedad, sin buscar el reconocimiento de la sociedad, no obstante que sean consideradas como instituciones incómodas que no son complacientes con el poder político.

En situaciones extremas las fuerzas políticas ven en la acción y autonomía de las Entidades Fiscalizadoras, un obstáculo a sus propios intereses, lo cual genera una tendencia a limitar sus atribuciones. Las Entidades de Fiscalización Superior no deben ser fábrica de indulgencias plenarias.

Las Entidades de Fiscalización Superior deben actuar con la callada responsabilidad del trabajo cotidiano y la mirada fija en los más altos valores de la patria. El control gubernamental nació como resultado lógico de la responsabilidad de los ciudadanos de contribuir a los gastos del Estado y de su derecho a vigilar el buen uso del patrimonio público.

La función de control externo es realizada por conducto de la ASF, la que hoy se conoce como fiscalización superior. La fiscalización superior que cumple debidamente con su responsabilidad es generadora de confianza en la sociedad. Para ganar la confianza de la sociedad, las acciones de la fiscalización superior deben estar estrechamente vinculadas con la ética política y la moral pública.

Fernando del Paso criticó la situación de decadencia que vive México, debido a los muchos gobernantes ineptos y codiciosos que ha tenido, pero también por la abulia de los ciudadanos. Ya no creemos en nuestro país como creíamos antes. Al recibir el Premio Cervantes de Literatura de manos del Rey de España, Felipe VI, el escritor dijo: "Las cosas no han cambiado en México, sino para empeorar, continúan los atracos, las extorsiones, los secuestros, las desapariciones, los feminicidios, la discriminación, los abusos de poder, la corrupción, la impunidad y el cinismo".[7]

En México, tenemos que terminar con las componendas, las complicidades y las corruptelas de los actores, incluyendo gobernantes, servidores públicos, partidos políticos, legisladores, poderes, sindicatos y empresarios, que no han sabido cumplir el enorme compromiso que tienen para responder al reto que asumieron y tienen de cara a la nación.

Los mandantes somos los ciudadanos y los servidores públicos son los mandatarios, responsables de cumplir y hacer cumplir el mandato recibido. El verdadero

---

[6] Auditoría Superior de la Federación, *Discursos pronunciados por el Auditor Superior de la Federación, C.P.C. Arturo González de Aragón, 2006-2007,* México, Comisión de Vigilancia, Cámara de Diputados, 2008, t. II, p. 485.

[7] Rivera, Ismael, *Reforma*, Opinión, 24 abril de 2016, p. 7.

sustento de la democracia se encuentra en la confianza ciudadana, y ésta no se agota en los procesos electorales.

Lo anterior requiere del concurso y el esfuerzo de todos, del compromiso común para lograr los fines, de saber conciliar la aptitud con la actitud, para ser protagonistas en esta etapa de crisis que vivimos en el país y que demanda liderazgos verdaderamente comprometidos con la ética política y la moral pública, y con los más altos valores de nuestra nacionalidad.

Debemos entender que la sociedad demanda transparencia, probidad y eficiencia en el quehacer público, y que el ejercicio del poder reglamentado y sujeto a instancias de fiscalización, estará más cerca de la confianza de los ciudadanos.

Necesitamos volver a la cultura de la legalidad, detener el debilitamiento constante de la ética política y de la moral pública, y tornar a la probidad y a la integridad personales como formas de comportamiento.

Para inducir el cambio de la administración pública, debemos reforzar la enseñanza y transmisión de los valores éticos y morales que constituyen, por sí mismos, la mejor prevención contra las prácticas corruptas.

Albert Einstein afirmaba: "El mundo es un lugar peligroso, no por las personas que hacen el mal, sino por aquellas que no hacen nada por evitarlo".

PODERES SALVAJES, *LEX MERCATORIA* Y DERECHOS SOCIALES: REPENSAR LA CONSTITUCIÓN DE 1917 A CIEN AÑOS DE SU PROMULGACIÓN

Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Proceso* de-constituyente *para la acumulación*. III. Lex Mercatoria: *blindar con el derecho el poder de las empresas*. IV. *Las empresas también violan los derechos humanos*. V. *Herramientas jurídicas para proteger los derechos sociales y limitar el poder de las empresas*.

I. INTRODUCCIÓN

A cien años de su promulgación, el proyecto social de la Constitución mexicana de 1917 está desfondado; a lo largo de las últimas cuatro décadas ha perdido gran parte de su contenido social y de su sentido original. Durante ese periodo se han venido desplegando de forma paralela dos fenómenos jurídicos interconectados —uno interno y otro externo— que han conducido a una transformación radical del marco constitucional y legal en nuestro país.

Por un lado, en el ámbito interno, ha tenido lugar un proceso de ruptura constitucional desde arriba, muy poco democrático, en clara sintonía con intereses de poderes privados, que puede calificarse como *proceso de-constituyente para la acumulación*. Ello ha supuesto la modificación de decenas de normas e instituciones que habían sido diseñadas y promulgadas para la protección de derechos sociales y para garantizar mecanismos de redistribución de la riqueza social producida.

Por otro lado, en el ámbito exterior —aunque relacionado de forma estrecha con lo anterior—, un proceso de fortalecimiento de un conjunto de normas e instituciones diseñadas para dar garantía y seguridad a las inversiones privadas transnacionales. Con base en ellas las empresas logran superar algunos de los pocos instrumentos de control que aún perviven y que podrían suponer límites a las fuerzas económicas nacionales y multinacionales.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

El objetivo de este artículo es analizar ambos fenómenos jurídicos interconectados lo que permitirá destacar algunos de los grandes retos que hoy enfrenta el constitucionalismo social mexicano a cien años de su instauración. Una vez presentado el diagnóstico en los tres primeros apartados del trabajo, en el cuarto y último se plantearán un conjunto de propuestas que pueden ser útiles para acompañar los esfuerzos de quienes estén interesados en relanzar en el país (ya sea dentro del actual marco constitucional o bien en el contexto de una convocatoria a un nuevo proceso constituyente) una alternativa redistributiva. Se trata de un conjunto de herramientas diseñadas para intentar someter a los nuevos poderes (privados) que hoy están vulnerando de forma grave los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de la población en general, profundizando las desigualdades, poniendo en riesgo la supervivencia de pueblos indo-campesinos, y colocándonos a todos y todas al borde de una catástrofe ecológica al estar amenazando nuestros bosques, nuestras selvas, la salud de los ríos (y a los propios ríos), así como la increíble diversidad ambiental de flora y fauna que día a día va disminuyendo.

II. Proceso *de-constituyente* para la acumulación

Hace poco más de treinta años, comenzó a instrumentarse en México una transformación jurídica de enorme trascendencia que encadenó un conjunto semi-articulado de reformas legales y constitucionales —orientadas por una ideología económico-liberal—, que al acumularse en el tiempo han producido una mutación radical del orden jurídico constitucional que trastoca el proyecto de Estado social iniciado con la Constitución de 1917.

Este conjunto amplio de modificaciones partió de la hipótesis según la cual la única salida posible a la crisis que enfrentaba el modelo de sustitución de importaciones era lograr la recuperación de las tasas de ganancia de los capitales privados bajo el argumento de que suponía un sinsentido "repartir pobreza", y que por ello era necesario fomentar el fortalecimiento del sector económico, industrial y financiero a partir del impulso de una nueva y moderna economía de mercado capaz de atraer inversiones del exterior.

Dicho proyecto económico-político, que requería importantes reformas del marco jurídico, comenzó a proponer modificaciones legales e institucionales desde el gobierno de Miguel de la Madrid, e inició sus andanzas con la venta de cientos de empresas paraestatales consideradas no estratégicas, así como con el blindaje jurídico para que el sector privado pudiera empezar a hacerse cargo de algunas funciones públicas. El campo de la salud fue un primer espacio de exploración para esto último y desde ahí comenzó a prepararse el terreno para la reformulación de la relación público-privado que se consolidaría en sexenios subsecuentes, subrogando servicios públicos al capital privado.[1]

[1] Brachet-Márquez, Viviane, "El Estado benefactor mexicano: nacimiento auge y declive (1822-2002)", en Bolvitnik, Julio y Damián, Araceli (coord.), *La pobreza en México y en el mundo; realidades y desafíos*, México, Siglo XXI, p. 258.

Sin embargo, fue desde la llegada al gobierno de Carlos Salinas de Gortari (1988), cuando se profundizaron los postulados de esta nueva política gubernamental, que se robusteció a partir de significativas reformas a la Constitución y a la legislación secundaria. Muchas de dichas reformas tienen gran sintonía con el paquete de medidas propuesto por John Williamson —desde el *Institute for International Economics*— y que fue retomado por organismos financieros internacionales, con sede en Washington, como el "mejor" programa económico que debía ser instrumentado por los países de Latinoamérica para impulsar su crecimiento.[2] Si bien fueron decenas de importantes modificaciones constitucionales las que se hicieron durante dicho sexenio, una de las que puede considerarse emblemática fue la del artículo 27 constitucional. Con ella se decretó el fin del reparto agrario en el país, a la vez que se transformó el carácter inalienable de la propiedad social ejidal. Detrás de esta mutación se encontraba el interés por ampliar el mercado de las tierras en México al abrir la posibilidad de que las asambleas ejidales pudieran enajenar aquella propiedad que había sido protegida por la Constitución de 1917 bajo una lógica social comunal.

Sumado a lo anterior, Salinas de Gortari robusteció e institucionalizó el pacto con el sector empresarial y, como otras piezas claves de su proyecto, firmó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte con Estados Unidos y Canadá (TLCAN) y promulgó la Ley de Inversión Extranjera. Además, acompañando dichas normas, se emprendieron estrategias legales menos visibles como enviar al legislativo distintas iniciativas de ley con las que se buscó abrir nuevos espacios para el mercado, o bien ampliar los ya existentes en el país. Por ejemplo, una iniciativa de Ley de Aguas Nacionales (que cambió la consideración que normas anteriores hacían del agua como un bien común por la de un bien con valor económico), o bien la iniciativa de Ley de Minas, que consideró a dicha actividad como de utilidad pública (para habilitar la expropiación de los predios de acuerdo con el artículo 27 constitucional), y como actividad preferente sobre cualquier otra que se llevara a cabo sobre los terrenos (incluyendo la vivienda o la agricultura); se garantizó la seguridad jurídica de dicha actividad con concesiones de cincuenta años (prorrogables por cincuenta más) y se otorgó acceso preferente al agua, entre otros beneficios para los capitales interesados en el ramo. No es casual que el día de hoy cerca del 25% del subsuelo nacional esté concesionado a mineras nacionales y transnacionales (sobre todo canadienses).[3]

---

[2] El borrador elaborado por John Williamson para impartir su conferencia llevaba por título "What Washington Means by Policy Reform". El paquete de medidas ahí señaladas se convertirían en la base de lo que poco tiempo después sería bautizado como *Consenso de Washington*. La propuesta incluyó un paquete de 10 medidas entre las que se encuentran: el reordenamiento de las prioridades del gasto público (de áreas como educación y salud pública e investigación e infraestructuras); liberalización financiera; disminución de barreras aduanales; eliminación de las barreras a las inversiones extranjeras directas; privatizaciones (venta de las empresas públicas y de los monopolios estatales); desregulación de los mercados y protección de la propiedad privada, entre otras.

[3] De acuerdo con los datos elaborados por Francisco López Bárcenas, con base en la información de la Dirección General de Minas de la Secretaría de Economía, existen en el país 56 millones de hectáreas concesionadas a empresas mineras, lo que representa el 28.58% del territorio nacional. López Bárcenas, Francisco y Eslava, Mayra, *El mineral o la vida; la legislación minera en México*, México, Coapi, 2011, p. 28.

Desde ese periodo, y hasta la fecha, todos los gobiernos subsecuentes han avanzado por la misma ruta abriendo nuevos nichos para el libre mercado, la especulación y la acumulación de capital. Durante el gobierno de Zedillo se modificó el artículo 28 constitucional para permitir la participación del sector privado en la comunicación satelital y los ferrocarriles y se instrumentaron argucias legales para que empresas transnacionales (ETN) de energía eléctrica comenzaran a producirla, a pesar de las disposiciones constitucionales en contra.[4] Vicente Fox buscó —sin lograrlo— privatizar la educación superior y continuó con una paulatina privatización del sector salud que fue retomada por su sucesor. Fue así que Felipe Calderón modificó la Ley del ISSSTE —afectando gravemente los derechos de los trabajadores del Estado— y entre muchas otras transformaciones normativas (108 reformas constitucionales), rompió el candado legal establecido en el reglamento de la Ley de Bioseguridad que impedía la entrada de las multinacionales de las semillas que hoy amenazan la diversidad genética del maíz. Aun así, ninguno de los anteriores gobiernos se compara con el de Enrique Peña Nieto, quien en los primeros dos años ya había modificado en 21 ocasiones la Constitución para impulsar 11 reformas estructurales (con sus respectivas leyes) a través de las cuales se flexibilizó el mercado laboral, se abrieron las puertas para que la iniciativa privada pueda acceder a los hidrocarburos, el gas Shale a través del *fracking* y pueda producir y vender la electricidad, entre muchas otras transformaciones.

Visto el panorama anterior, es difícil encontrar algún otro país en el que hayan irrumpido con tanta beligerancia poderes privados con capacidad constituyente capaces de trastocar de forma tan radical la letra y el sentido (social) de la Constitución. Lo anterior resulta tan avasallante que no puede seguir siendo explicado y legitimado, desde el campo del derecho constitucional, como un conjunto de reformas constitucionales impulsadas para adecuar el marco normativo a las transformaciones sociales en aras de modernizarlo y actualizarlo.[5] Lo que ha ocurrido en estas tres décadas, es un proceso violento de ruptura constitucional, de clara matriz oligárquica, que implica una quiebra integral de la Constitución de 1917, cuyos objetivos estratégicos son instalar la primacía de lo privado sobre lo público, sustituir la noción de bien común por el de competencia y sobreponer los intereses del capital sobre los presupuestos del Estado social y el beneficio de las mayorías. Se trata de una ruptura constitucional desde arriba, no democrática, promovida en favor de los poderes fácticos que en conjunto puede calificarse como un proceso *deconstituyente para la acumulación*.

Aunque no es objetivo de este trabajo, no puede dejar de señalarse que dicho proceso deconstituyente se ha producido bajo el cobijo del modelo democrático procedimental (democracia mínima), basado en la competencia entre élites (partidos),

---

[4] Para un análisis detallado de todas estas modificaciones véase Carrillo, Nieto, Juan José, "Globalización neoliberal y reestructuración jurídica en México", en Gutiérrez, Rodrigo y Burgos, Mylai, *Globalización y derechos de los pueblos indígenas en México; estudios teóricos y de caso*, en prensa.

[5] *Cfr*. López Ayllón, Sergio y Fix-Fierro, Héctor "La modernización del sistema jurídico en México 1970-2000", en García Ayluardo, Clara y Marván Laborde, Ignacio, *Historia crítica de las modernizaciones en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

que, como explica Vitale, ha degenerado hacia formas de oligarquía electiva que impiden la politización de las decisiones. Se trata de un modelo de "democracia" que, como en muchas otras regiones del planeta, "…ha quedado progresivamente relegada a mero instrumento funcional a las exigencias del libre mercado".[6]

El fenómeno aquí descrito y caracterizado ha ocurrido dentro de un marco global en el que se ha consolidado a escala planetaria, un vigoroso sujeto histórico que ha logrado acumular, como nunca antes en la historia, una enorme fuerza política y económica con la que está logrando impulsar de forma muy ostensible las modificaciones aquí señaladas. Dicha acumulación de fuerza se encuentra relacionada de forma estrecha con el robustecimiento de un marco legal internacional comercial que se expone a continuación.

III. *Lex Mercatoria*: blindar con el derecho el poder de las empresas

Durante los últimos años —en los que la globalización de los mercados se ha expandido como nunca antes en la historia del capitalismo— las grandes sociedades transcontinentales, en su ofensiva por acceder a nuevos nichos de mercado, han logrado controlar la mayoría de los sectores estratégicos de la economía. Es así que en la actualidad son los actores más relevantes en los campos de la energía, las finanzas, las telecomunicaciones, la salud, la agricultura, el agua, la infraestructura, la alimentación o el armamento.[7]

Ese avance sobre los sectores les ha permitido a las 500 empresas más poderosas del mundo, controlar el 52.8% de la riqueza total producida en el planeta. El valor patrimonial que acumulan es equivalente al producto interno bruto de 130 Estados, aun cuando emplean menos del 1.8% de la fuerza de trabajo en todo el orbe.[8] Incluso en periodos considerados de crisis económica como el que se atraviesa a escala planetaria después del *crack* de 2008, las ganancias no han dejado de incrementarse. Sólo en 2013 la fortuna de los 25 millonarios más acaudalados del mundo creció un 9% respecto de 2012.[9] Y a la par también crece el número de millonarios: en 2005 había 487 cuyo patrimonio sumaba 1 650 mil millones de euros; en 2013 había 1 250 millonarios con un patrimonio acumulado de 4 500 mil millones de euros.[10]

Esta acumulación de poder económico (con enorme capacidad de incidencia en la política partidista) no ha ocurrido al margen del derecho internacional. Todo lo contrario, como correlato de las modificaciones constitucionales y legales señaladas

---

[6] Vitale, Ermanno, "La fábula feliz de la democracia", en prensa.

[7] Ramiro, Pedro y González, Erika, "Empresas transnacionales: impactos y resistencias", en *Ecologista*, núm. 77, pp. 18-21.

[8] Ziegler, Jean, "El orden mundial es caníbal, absurdo y mortífero", *El Mundo*, España, 22 de julio de 2014.

[9] Hernández Zubizarreta, Juan y Ramiro, Pedro, *Contra la Lex Mercatoria*, España, Icaria, 2015, p. 16.

[10] Ziegler, *op. cit.*

en el apartado anterior, durante las últimas cuatro décadas se han venido produciendo en el ámbito internacional del derecho público miles de normas y reglas sobre libre comercio e inversiones, diseñadas para garantizar seguridad jurídica a las grandes empresas transnacionales, las cuales buscan aumentar las tasas de ganancias en el actual contexto de crisis económica mundial. Ese conjunto de normas e instituciones conforman hoy un complejo entramado legal que funge como robusta armadura para blindar los intereses económicos de las grandes compañías transnacionales.

Dichas estructuras legales logran someter y alinear los intereses de los Estados-nación a los de los grandes capitales transnacionales debido a que el incumplimiento de las mismas acarrea graves consecuencias económicas para los países que las firman. Es por ello que en la literatura, este conjunto normativo ha sido caracterizado como "arquitectura jurídica de la impunidad".[11] Y ello —entre otras razones— debido a que los Estados no sólo quedan en situación comprometida, desarmados frente a los grandes intereses económicos, sino que incluso se convierten en aliados que no dudan en poner en marcha los instrumentos de control social con los que cuentan, reprimiendo luchas de resistencia, para garantizar que las inversiones no fracasen.

Si bien esa arquitectura se ha ido construyendo desde la década de los cincuenta, recibió un fuerte empuje en el último tercio del siglo XX. Se trata de un nuevo ordenamiento de las relaciones comerciales internacionales, nacido de sus propias exigencias, que se desarrolla en el exterior de los sistemas jurídicos nacionales, aunque con el respaldo de los Estados.[12] En tanto que sus impulsores parten del supuesto de que el libre mercado es el mecanismo más eficiente en la asignación de recursos, les parece razonable que sea este mismo quien diseñe sus propias normas, por fuera de las instituciones estatales y de la participación democrática de la comunidad política.[13] Sus objetivos son reducir al máximo lo que consideran obstáculos estatales sin tomar en cuenta (como ocurrió a finales del siglo XIX y principios del XX) que cuando el mercado se deja sin controles y correcciones se afecta de forma grave a amplios sectores de la sociedad que no tienen posibilidad alguna de incidir en ellos; mucho peor en el contexto actual, de mercados monopólicos globalizados que han concentrado como nunca, en pocas multinacionales, un enorme poder decisorio.[14]

Si bien no hay acuerdos teóricos definitivos en relación a cuáles son los elementos precisos y los límites que definen la nueva *Lex Mercatoria* —en tanto es difícil

---

[11] Hernández Zubizarreta, Juan y Ramiro, Pedro, *op. cit.*, p. 15.

[12] Fernández Rosas, José Carlos, "Un nuevo mundo jurídico: la *Lex Mercatoria* en América Latina", en Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre Lex Mercatoria; una realidad internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 96.

[13] *Ibidem*, p. 97.

[14] Los argumentos de sus defensores se basan en consideraciones como la siguiente: "…los políticos de profesión son líderes, actrices y vedetes sin preparación alguna. Todos ellos con intereses partidarios, demagógicos, populistas y poco o nada relacionados con el comercio internacional. Aúnase (*sic*) a lo tortuoso del procedimiento legislativo que siguen, lo lento de las discusiones parlamentarias, la falta de preparación, el hecho de que generalmente se llega a respuestas sin fondo o contenido… que difícilmente atiende a las necesidades del comercio internacional, la especificidad de la actividad y la rapidez requerida". Silva, Jorge Alberto, "Resurgimiento de la *Lex Mercatoria*, la regulación de las relaciones comerciales internacionales", en Silva, Jorge Alberto (coord.), *op. cit.*, p. 295.

identificar con precisión cuáles son las reglas de carácter supranacional que la conforman— puede decirse de forma general que se trata de aquellas normas escritas y no escritas que incluyen desde los usos y prácticas que llevan a cabo las empresas a nivel internacional, pasando por los tratados y convenios multilaterales o mega-regionales firmados por los Estados en materia comercial, los acuerdos para la protección de las inversiones, las políticas de ajuste y préstamos condicionados impulsadas por órganos centrales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), así como toda la estructura de laudos arbitrales emanadas de los sistemas de solución de diferencias (OMC) y los sistemas de arbitraje internacional incluidos en los tratados de comercio e inversión.[15]

Está claro que la creación de la OMC en 1995 supuso colocar un tramo importante para la construcción del camino hacia el libre mercado globalizado de mercancías y de protección de la propiedad intelectual, útil para que las multinacionales penetraran en espacios anteriormente vedados a la apropiación y el intercambio mercantil. Sin embargo, en tanto ello siguió pareciéndoles insuficiente a las ETN en su esfuerzo por lograr una mayor ampliación de los negocios y la privatización de bienes que antes eran comunes o de gestión pública, las empresas (en alianza con los gobiernos del norte global) han ido impulsando diversos acuerdos para reforzar los asuntos ya planteados por la OMC (que en conjunto reciben la denominación de OMC-plus) y otros que agregan temas no regulados por dicha organización (OMC-extra).[16]

En primer lugar los países del norte (en relaciones muy asimétricas de poder con los del sur global) propusieron, desde la década de los noventa del siglo pasado, la firma de tratados de libre comercio con países del sur, siendo el TLCAN el primero en su género que sirvió como modelo para las decenas de tratados firmados con posterioridad dentro de lo que se denomina regionalismo abierto y la integración de mercados. Todos estos tratados incluyen liberalización del comercio internacional de servicios, mayor protección a la propiedad intelectual (OMC-Plus) así como protección de la inversión extranjera, apertura de compras del sector público a empresas extranjeras y política de competencia (OMC-extra).[17]

En fechas más recientes se han abierto dos vías más OMC-extra: por un lado la promoción de acuerdos sobre temas específicos, por ejemplo, el *Anti Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA), que refuerza la propiedad intelectual sobre todo en Internet; por otro, acuerdos mega-regionales como el Acuerdo sobre Comercio de Servicios (ACS), que negocian las economías del norte con 17 países del sur global y que permitirá a las multinacionales que prestan servicios tener mayores facilidades para abrir nuevos mercados en el sector; o bien la revisión y ampliación del Acuerdo Plu-

[15] Una exposición amplia y detallada sobre la *Lex Mercatoria* se encuentra en Hernández, Cervantes, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica; notas de una pluralidad jurídica transnacional,* México, CEIICH-UNAM, 2014. Un cuadro que resume el marco normativo puede encontrarse en Hernández Zubizarreta, Juan y Ramiro, Pedro, *op. cit.*, p. 21.

[16] Zabalo, Patxi, "La Asociación Trasatlántica de Comercio e inversión en su contexto", en *Boletín del Centro de Documentación de Hegoa*, núm. 41, 2014, p. 2.

[17] *Ibidem*, p. 3.

rilateral sobre Contratación Pública (ACP) a través del cual las empresas extranjeras tendrán mayor acceso al mercado de las compras y contratos del sector público.[18] Sin embargo, ninguno se compara con el acuerdo mega-regional transpacífico denominado Trans-Pacific Partnership (TPP) que Estados Unidos negocia desde 2010 con diez países entre los que se encuentra México.

Otro instrumento que otorga un inmenso poder a los grupos económicos transcontinentales es la estructura de medios alternativos para la resolución de disputas entre inversores extranjeros y Estados receptores de la inversión. Con base en el argumento esgrimido por los poderes privados de que los aparatos judiciales de los Estados no son confiables, o son lentos, dichas fuerzas económicas han venido protegiendo sus inversiones exigiendo a los Estados que firmen acuerdos de inversión que incluyen la posibilidad de plantear demandas inversor-Estado en instancias arbitrales, supranacionales. Este régimen jurídico de arbitraje privado internacional, mina aún más la soberanía de los Estados del sur, los cuales quedan en situación de sumisión en tanto que pueden ser condenados a pagar indemnizaciones multimillonarias si las inversiones privadas extranjeras fracasan por alguna causa que se les pueda imputar a los primeros (como podría ser un proceso de resistencia emprendida por movimientos sociales).

La idea no es nueva, surgió a finales de la década de los sesenta,[19] y se estableció por primera ocasión en el Convenio de la OCDE para la Protección de la Propiedad Extranjera de 1967. Más adelante, en la década de los noventa, se intentó dar un respaldo a este instrumento al convertirse en pieza clave del Acuerdo Multilateral sobre las Inversiones (AMI), cuyas negociaciones fracasaron por protestas mundiales. Sin embargo, en la actualidad existen muchos tribunales privados como la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC, o el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre inversiones del Banco Mundial (CIADI) que cada día reciben y resuelven más casos. Además, la herramienta continúa siendo incluida en un gran número de tratados bilaterales para la inversión.

En esta justicia privada son siempre las ETN las que demandan a los Estados (nunca al revés), no opera el principio de definitividad (es decir que no es necesario que se agoten los recursos internos), pueden convertirse en instancias de apelación de sentencias de tribunales locales ordinarios, y los fallos arbitrales no pueden ser recusados.[20] También resulta preocupante que dichos litigios se resuelven en páneles de tres expertos, cuyos integrantes en muchas ocasiones suelen estar ligados a bufetes de abogados, a menudo relacionados con empresas multinacionales.[21]

---

[18] *Ibidem*, pp. 3 y 4.

[19] El Convenio Abs-Shawcross fue creado como borrador en 1959 y circuló como borrador en la OCDE desde 1962. Su resultado final fue el Convenio de la OCDE sobre protección de la propiedad extranjera, publicado en 1967.

[20] Hernández Zubizarreta, Juan y Ramiro, Pedro, *op. cit.*, p. 35.

[21] Zabalo, Patxi, "La Asociación Trasatlántica de Comercio…", *op. cit.*, p. 7.

México ha firmado varios acuerdos bilaterales con este tipo de instrumentos y está sometido a la jurisdicción del CIADI. Tanto es así que el 30 de agosto de 2000 la empresa Metalclad (operadora de un confinamiento de desechos peligrosos en San Luís Potosí) demandó una indemnización de 130 millones de dólares al gobierno mexicano por haber emitido este último un decreto ecológico que la empresa consideró le afectaba. El argumento central fue que dicho decreto constituía una expropiación indirecta de la inversión, prohibida por el TLCAN. El 26 de octubre de 2001 el gobierno federal y la empresa convinieron terminar la disputa a través de la firma de un convenio que obligó a México a pagar 16 millones de dólares.

Preocupa saber que después de Argentina y Venezuela, México es el país del continente americano que más demandas ha recibido a través del CIADI. Mientras que Canadá, Chile o Colombia han recibido nueve, cuatro y dos denuncias respectivamente, México ha sido demandado en 18 ocasiones. Empresas como Shell, Abengoa, Cargill, y Telefónica, entre otras, han optado por este mecanismo para reclamar al país por el fracaso de sus inversiones.

IV. Las empresas también violan los derechos humanos

La transformación de los distintos marcos legales que hemos expuesto en los apartados anteriores de este trabajo, están contribuyendo no sólo al aterrizaje y materialización de cientos de inversiones sobre los territorios de México y América Latina, sino que, debido a los escasos controles estatales —producto de la desregulación—, así como por la arquitectura legal de impunidad que protege las inversiones, se han creado las condiciones para que prevalezca un marco de violación constante y creciente de los derechos humanos de las personas y los pueblos campesinos e indígenas por parte de las empresas. Lo anterior ha sido documentado por diversos actores de la sociedad y a la par distintas instituciones, estatales e internacionales se han pronunciado sobre el fenómeno e incluso han ido elaborando diversos documentos que lo visibilizan. Puede servir como ejemplo de esto último el pronunciamiento que hizo John Ruggie, Representante Especial del Secretario General de la ONU para Cuestiones de los Derechos Humanos y las Empresas, en un documento oficial al destacar que la "…impresionante expansión mundial del sector privado… y el correspondiente aumento de la actividad económica transnacional… reforzó la conciencia social del impacto de las empresas sobre los derechos humanos y atrajo la atención de las Naciones Unidas".[22]

[22] *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, A/HRC/17/31, 16 de junio de 2011. Disponible en: *http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf*. Consultado el 3 de noviembre de 2013.

En el ámbito nacional, con motivo de la visita que realizó en fecha reciente a México el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU,[23] más de cien organizaciones de la sociedad civil, grupos, comunidades y académicos de distintas instituciones mexicanas se dieron a la tarea de recopilar y sistematizar información relativa a las violaciones a los derechos que están ocurriendo en México por parte de las empresas. Con base en 61 casos documentados se identificaron patrones de violaciones cometidas por el Estado y 99 empresas de distintos sectores como el energético, el de la construcción de infraestructura, la agroindustria, los procesos extractivos (minería, eólicas, cementeras) o la maquila, entre otras.

Las violaciones más comunes identificadas en el informe son la falta de acceso a la información, la violación del derecho a un medio ambiente sano, la violación del derecho a la salud, del derecho al agua, a la alimentación, de los derechos a la tierra y el territorio de los pueblos indígenas, así como la violación del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. Además, en tanto que muchos de los procesos de destrucción y apropiación de tierras y territorios que están encabezando las empresas, generan importantes esfuerzos de defensa por parte de las comunidades locales afectadas, es muy frecuente que los defensores de derechos humanos —además de padecer la afectación de los DESC— sufran la violación de sus derechos a la integridad física, libertad e incluso a la vida. Ha sido la propia Margaret Sekaggya (Relatora especial de la ONU sobre la Situación de los Defensores) quien, en su cuarto informe ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, llamó la atención sobre los riesgos que enfrentan los defensores que se ocupan de cuestiones ambientales y aquellas relacionadas con actividades de las industrias extractivas y proyectos de construcción y desarrollo.[24] De 2006 a 2011, la funcionaria recibió 106 comunicaciones que documentan y denuncian los casos. Resulta preocupante saber que la relatora destacó lo siguiente: "…según la información recibida, los defensores que trabajan estas cuestiones parecen estar muy expuestos a atentados contra su integridad física, por ejemplo, sufrir intentos de asesinato (Brasil, Ecuador), ser asesinados (Brasil, Camboya, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Filipinas), ser atacados (Brasil, México, Papua Nueva Guinea… Estas personas también han sufrido amenazas, entre ellas amenazas de muerte (Brasil, El Salvador Guatemala y México)… Otros han sido detenidos y encarcelados de forma arbitraria (Ecuador, India, México, Nigeria)".[25] Indigna saber que México se encuentra entre los seis Estados que han recibido el mayor número de comunicaciones por

[23] Al terminar el mandato del Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas transnacionales y otras empresas (que recayó sobre la persona de John Ruggie), el 6 de junio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos, a través de la resolución A/HRC/RES/17/4, estableció la conformación de un grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas trasnacionales y otras empresas. Dicho grupo está conformado por cinco miembros y su principal objetivo es promover la implementación de los "Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos", así como mejorar el marco de referencia en la materia hasta ahora elaborado.

[24] Cuarto Informe de Margaret Sekaggya, Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos A/HRC/19/55, 21 de diciembre de 2011. Disponible en: *http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-55_sp.pdf*.

[25] *Ibidem*, p. 14.

parte de esta Relatora Especial de ONU. Además, "casi la tercera parte de las comunicaciones enviadas durante el periodo objeto de examen se refieren a denuncias de asesinato y tentativas de asesinato". En opinión de la Relatora Especial, ello muestra que los riesgos que enfrentan los defensores de los derechos humanos que trabajan en el contexto de los proyectos de desarrollo son sumamente graves".[26]

Esta realidad creciente de violaciones a los DESC y a los derechos civiles ocurrida en México, ha sido denunciada en cientos de foros nacionales como en la Asamblea Nacional de Afectados Ambientales (ANAA), el Tribunal Permanente de los Pueblos (TPP), el Tribunal Latinoamericano del Agua o a través de la Campaña por la Defensa del Territorio y la Madre Naturaleza. El nivel de despojo y violación de derechos por los proyectos de inversión ha adquirido tal dimensión que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación publicó en diciembre de 2015 un "Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos relacionados con Proyectos de Desarrollo e Infraestructura" (muchos de los cuales son construidos por empresas privadas). En dicho documento se reconoce que las mega-obras están provocando en México un incremento en las violaciones a los derechos humanos debido a que está en marcha "…un proceso masivo y creciente de explotación de bienes para su incorporación en los mercados, especialmente en los de la economía global. Esta nueva fase del extractivismo no es como la anterior, centrada en la minería y el petróleo; los rostros de este nuevo proceso se manifiestan en la explotación y control forestal, los agro-negocios o la producción de biocombustible basados en los monocultivos que incentivan la compra masiva de tierras. Se trata de una nueva forma de intervención sobre los espacios, caracterizada por la sobre-explotación de recursos naturales, cada vez más escasos, frecuentemente no renovables, y la expansión de sus fronteras hacia territorios que antes eran considerados no productivos… Frente a este escenario y tomando en cuenta que se trata de un nuevo contexto en el que pueden producirse violaciones de derechos humanos, casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura empiezan a presentarse ante los órganos de justicia, tendencia que sin duda irá en aumento considerando la cantidad de proyectos de esta naturaleza que están en proceso en el país".[27]

En el ámbito regional, los procesos de apropiación territorial y violación de derechos encabezados por las empresas también han sido denunciados por organizaciones nacionales ante el sistema interamericano de derechos humanos. Dichos reclamos —sumados a los de otras organizaciones de otros países de la región— condujeron a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitiera en fecha reciente un informe titulado "Pueblos indígenas, comunidades afro descendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", publicado en diciembre de 2015.[28] En dicho documento la CIDH reconoce que ha recibido información indicando que estos proyectos y actividades aún no son supervisados de forma fre-

[26] Cuarto Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, A/68/262, *op. cit.*, párrafo 54.

[27] *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 9 y 10.

[28] OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015.

cuente por los Estados receptores y los Estados de origen, que prevalece una situación de escasez de mecanismos para prevenir las violaciones de derechos, y que existen barreras significativas enfrentadas por las víctimas, los pueblos y las comunidades para tener un debido acceso a la justicia.[29] La Comisión destaca:

> Con base en la información recibida en los últimos años en audiencias, visitas, informes de país y otras actividades de monitoreo, la Comisión intenta visibilizar formas en que estas actividades afectan el efectivo goce de los derechos humanos. Con este objetivo, la Comisión se refiere, en particular, a afectaciones al derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, y comunidades afro-descendientes sobre sus tierras, territorios y recursos naturales; al derecho a la identidad cultural y libertad religiosa; a la vida; a la salud, integridad personal y a un medio ambiente sano; a derechos económicos y sociales vinculados con la alimentación, acceso al agua y derechos laborales; al derecho a la libertad personal y la protesta social; y a la protección frente al desplazamiento forzado.[30]

En este contexto de creciente denuncia por la violación grave a los derechos humanos, conviene repensar el papel actual del constitucionalismo social recordando que en sus orígenes fue imaginado como un proyecto político que fuera capaz de impedir la concentración del poder económico y político en sectores minoritarios de la sociedad. Sin embargo, la Constitución de 1917 y sus mecanismos de distribución y control del poder, parecen estar totalmente desmontados y desarticulados frente a los nuevos poderes privados que han hecho hasta lo imposible por neutralizar y desarticular al Estado social y democrático de derecho.

Por ello, a cien años de su promulgación, resulta indispensable que repensemos cómo se podrían actualizar algunas de nuestras viejas instituciones que fueron creadas para proteger los derechos de las personas (sobre todo las más débiles) frente al poder, y de forma paralela diseñemos nuevas herramientas que sirvan para actualizar el sentido original del constitucionalismo social como proyecto ideológico-político contrario a la lógica que hoy imponen los poderes privados.

En el siguiente apartado del trabajo haremos la enunciación de algunos instrumentos jurídicos, nacionales e internacionales, que podrían pensarse (o repensarse) como herramientas de contra-poder útiles frente a las lógicas incontroladas de acumulación, así como de privatización de bienes comunes y territorios.

V. Herramientas para proteger los derechos sociales y limitar el poder de las empresas

Un primer instrumento que interesa repensar, a partir de una reflexión crítica sobre su funcionamiento, es el juicio de amparo. Sobre todo consideramos conveniente

[29] *Ibidem*, p. 9.

[30] *Ibidem*, p. 11.

revisar una tradición interpretativa dominante instalada en el ámbito judicial mexicano según la cual las empresas (personas jurídicas) son titulares de los derechos humanos. Sin mayor reflexión sobre los enormes impactos presupuestarios que ello implica, durante todo el siglo XX, el Poder Judicial ha sido muy proactivo en la protección de los intereses empresariales a través del amparo; tanto es así que en México pueden ser considerados como los titulares paradigmáticos de los derechos humanos.[31] Como lo ha destacado Francisca Pou, durante el periodo que transcurrió entre 1995 y 2009 del total de los amparos indirectos interpuestos ante el Poder Judicial, el 71.4% fueron presentados por personas jurídicas, y en el caso de los amparos directos, el porcentaje es del 54%. En consonancia con lo anterior, de todos los amparos resueltos por la SCJN entre 2007 y 2012 el 68% fueron interpuestos por empresas y muchos de ellos resueltos en su favor. Por ello, hay quienes no han dudado en calificar esta situación como la Industria del Amparo Fiscal, señalando que "…se trata de una industria exitosa y floreciente que se ha establecido a partir de una interpretación 'garantista' del artículo 31 de la Constitución[32]… una protección al contribuyente por parte de la justicia, la cual no existe con esta amplitud en los países miembros de la OCDE y probablemente en el mundo".[33]

Lo anterior resulta doblemente preocupante a partir del 11 de junio de 2011. Como se sabe, en esa fecha se produjo en México una reforma constitucional con la que se buscó transformar la concepción decimonónica que existía en el país sobre los derechos humanos (basada en el concepto de las garantías individuales) para actualizarlos, rompiendo las barreras que existían entre el derecho internacional y el derecho nacional, así como aquellas que separaban en cajones estancos a los DESC de los derechos civiles y políticos (entre otras transformaciones importantes). Dicha modificación constitucional, que podría encerrar un potencial transformador y convertirse en un instrumento útil para defender los derechos de los más débiles, corre el riesgo de seguir siendo una herramienta —aún más eficaz— en manos de quienes son económicamente más poderosos. A menos de un año de la reforma, distintos integrantes del Poder Judicial ya habían sentado los primeros criterios jurisprudenciales enfatizando que el concepto de "persona" (con el que se sustituyó al de "individuo"[34] en la reforma), incluye a las personas morales, o sea a las empresas. Por ejemplo:

---

[31] Así lo ha señalado Francisca Pou.

[32] No debe escapar al lector que el artículo 31 de la Constitución está fuera del capítulo de los derechos en la Constitución y que fue la propia SCJN quien, vía interpretativa, abrió la posibilidad para que México sea uno de los pocos países en los que se pueden impugnar la constitucionalidad de las leyes con base en los principios de proporcionalidad y equidad.

[33] Elizondo Mayer- Serra, Carlos, "La industria del amparo fiscal", en *Política y Gobierno*, vol. XVI, núm. 2, México, 2009, p. 349.

[34] La redacción anterior del primer párrafo del artículo 1o. señalaba: "En los estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución". La redacción actual de ese primer párrafo establece: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que México sea parte…".

> PERSONAS MORALES O JURÍDICAS. DEBEN GOZAR NO SÓLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUIDOS POR LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS GARANTÍAS PARA SU PROTECCIÓN SIEMPRE Y CUANDO ESTÉN ENCAMINADOS A PROTEGER SU OBJETO SOCIAL.
>
> Amparo en revisión 251/2012. Jefe de la Unidad de catastro municipal del Ayuntamiento de Culiacán, Sinaloa. 4 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Serratos García.[35]

O bien esta otra:

> PERSONAS JURÍDICAS. SON TITULARES DE LOS DERECHOS HUMANOS COMPATIBLES CON SU NATURALEZA.
>
> Amparo directo 782/2011. Radiomóvil Dipsa S.A. de C.V. 1o. de marzo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla.[36]

Si este criterio interpretativo continúa extendiéndose entre los tribunales, las empresas (incluyendo a las transnacionales) habrán logrado conquistar otro espacio en el campo del derecho, obteniendo la titularidad de los derechos que los jueces decidan, incluyendo aquellos que se encuentran en el derecho internacional de los derechos humanos. Ello robustecerá aún más la posición de los más poderosos dentro del régimen jurídico mexicano, convirtiéndose en poderes intocables protegidos por una garantía jurisdiccional (el amparo) que en un Estado Social debería servir para equilibrar la desigualdad de poder entre los sectores de la sociedad (y no para incrementarla).

Es importante subrayar que las posiciones de los jueces mexicanos aquí señaladas son contrarias a un sector de nuestra mejor doctrina sobre los derechos humanos,[37] y también son contrarias a lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha institución emitió el pasado 26 de febrero de 2016 una Opinión Consultiva (OC-22/16) que por unanimidad de votos resolvió que "…la Convención Americana sólo consagra derechos a favor de personas físicas por lo que las personas jurídicas no son titulares de los derechos consagrados en dicho Tratado en los términos establecidos en los párrafos 37 a 70 de esta Opinión Consultiva".[38] Partiendo del hecho de que las decisiones de la Corte Interamericana son obligatorias para México (lo que incluye a sus jueces), será necesario que quie-

---

[35] Tesis aislada. Materia: común. Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: Libro XI, agosto de 2012. Tomo 2. Tesis XXVI.5o. (V Región) 2 K (10ª.), p. 1876.

[36] Tesis aislada. Materias: Constitucional, Común. Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: Libro XI, agosto de 2012, Tomo 2. Tesis: I.4º.A.2 K (10ª.), p. 1875.

[37] Como lo ha señalado Juan Antonio Cruz "…mi posición es que las empresas y asociaciones no tienen derechos humanos… considero un abuso de nuestros tribunales haberlos considerado titulares de este tipo de derechos".

[38] Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, solicitada por la República de Panamá, p. 46.

nes imparten justicia revisen las sentencias que están emitiendo y lleven a cabo una reflexión crítica sobre el papel y la posición que deberían desempeñar en el marco actual de violaciones graves a los derechos humanos.

En segundo lugar, como parte de una reflexión crítica que debería hacer el Poder Judicial sobre el papel que le interesa desempeñar en el actual contexto de violaciones a los derechos por parte de particulares, convendría reflexionar sobre la necesidad de ampliar aquellas vías (a través de reformas legales o por vía interpretativa) que permiten responsabilizar y sancionar a las empresas en los casos en los que incurrieran en violaciones a los derechos humanos. Esa posibilidad ya abierta en otros tribunales constitucionales como el alemán (desde 1958 con el caso Lüth), el español, el colombiano, entre muchos otros, y ya teorizada por la doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte, ya tiene un anclaje legal en nuestro país.[39] Si bien es cierto que se trata de una puerta apenas entre abierta con varios límites,[40] esta figura podría ser ampliada y robustecida, siguiendo la interpretación evolutiva que existe sobre la materia en la jurisprudencia de la Corte IDH.[41]

Una tercera herramienta que no se debe perder de vista en el contexto actual mexicano —y que también tiene importantes avances en el derecho internacional de los derechos humanos— es la posibilidad de fincar responsabilidad internacional hacia los Estados debido a las violaciones cometidas dentro de sus territorios por parte de empresas nacionales y transnacionales.

Han sido los órganos del sistema interamericano de derechos humanos los que han reconocido de forma reiterada que en distintas circunstancias los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional por atribución a éstos de actos violatorios de derechos cometidos por empresas privadas. En el Caso Velázquez Rodríguez *vs.* Honduras la Corte IDH determinó con claridad:

> Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la

[39] En la reforma que experimentó la Ley de Amparo el 6 de junio de 2011 se establece en la fracción III del artículo primero: "El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente ley".

[40] En la fracción II del artículo 5o. de la misma ley de amparo se establece que "los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten los derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general".

[41] Mijangos, Javier, "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrecht* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, España, 2007.

> debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.[42]

En el caso de la masacre de Mapiripán ocurrido en Colombia, la Corte reiteró:

> …[e]sas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales.[43]

Por razones de espacio no es posible abundar en la riqueza jurisprudencial de la Corte IDH sobre la materia; sin embargo, lo que aquí interesa subrayar es que con fundamento en ella, los distintos órganos que conforman el sistema interamericano (aunque también existen pronunciamientos importantes en el ámbito universal de los derechos humanos)[44] han insistido en que los Estados tienen la obligación de asegurar la efectividad de los derechos en las relaciones interindividuales, prevenir con la debida diligencia las violaciones que puedan provocar particulares así como investigar, sancionar y reparar sus consecuencias.

En el reciente informe arriba citado,[45] la CIDH —con base en el principio fundamental de la interpretación evolutiva de los instrumentos de derechos humanos— llevó a cabo una primera aproximación, no exhaustiva, sobre algunas de las obligaciones estatales relacionadas con las actividades de las empresas en contextos extractivos. Dichas obligaciones giran sobre seis ejes que la Comisión consideró fundamentales: *a)* el deber de adoptar un marco normativo adecuado y efectivo; *b)* el deber de prevenir las violaciones de derechos humanos por parte de las empresas, *c)* la obligación de supervisar y fiscalizar las actividades de las empresas y otros actores no estatales; *d)* el deber de garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información; *e)* el deber de prevenir actividades ilegales y formas de violencia; *f)* el deber de garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos en el contexto de mayor presencia empresarial en los territorios. Todas esas obligaciones deberían constituir una guía para los Estados receptores de inversión extranjera, como

---

[42] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párrafo 172; y Caso Godínez Cruz *vs*. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, núm. 5, párrafos 181, 182 y 187.

[43] Caso de la "Masacre de Mapiripán" *vs*. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 134, párrafos 111 y 112.

[44] Véase ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General núm. 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párrafo 8.

[45] Informe: "Pueblos Indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31 de diciembre de 2015, OEA/Ser.L/V/II. Doc.47/15.

lo es México, y pueden ser utilizados por los ciudadanos y comunidades que defienden los territorios como una herramienta legal que sirva para exigir responsabilidades tanto en el ámbito interno como en el internacional a las autoridades mexicanas que permitan la violación de los derechos por las empresas.

Una cuarta herramienta que también interesa señalar es el avance que ha supuesto la discusión sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el campo de los derechos humanos. A pesar de que la gran mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos señalan que estos últimos son universales, la interpretación que suelen hacer los Estados frente a los mismos es que las obligaciones que adquieren frente a los derechos sólo rigen dentro de sus espacios territoriales. Existe una tendencia generalizada a nivel mundial por parte de los Estados a intentar limitar sus obligaciones a su propio territorio. Lo anterior provoca un importante vacío en el marco de la globalización en la que las empresas transnacionales han desterritorializado sus actividades haciendo migrar sus procesos extractivos o productivos hacia países con legislaciones más débiles.

Frente a lo anterior, se ha avanzado en el debate sobre las obligaciones extraterritoriales (OET), identificando aquellos deberes que tienen los Estados fuera de sus límites territoriales.

En el campo de los derechos económicos, sociales y culturales un grupo de expertos se dio a la tarea de realizar una investigación cuidadosa sobre los principios de las OET, y el 28 de septiembre de 2011 expidieron los *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales.* En el principio núm. 23 de dicho instrumento se establece: "Todos los Estados deben adoptar medidas… para proteger los derechos económicos, sociales y culturales de las personas que se encuentren dentro de su territorio y extraterritorialmente". El principio siguiente (núm. 24) establece: "Todos los Estados deben adoptar las medidas necesarias para asegurar que los actores no estatales que estén en condiciones de regular, incluyendo individuos y organizaciones privadas, empresas transnacionales y otras empresas comerciales, no anulen o menoscaben el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales". Esta obligación general que tienen los Estados de ejercer influencia en la conducta de los actores no estatales, cuando ello implique la violación de derechos fuera de su territorio ha sido enfatizada por diversos órganos de Naciones Unidas como el Comité DESC[46] o como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.[47]

---

[46] Dicho Comité, a través de varias de sus Observaciones Generales (OG), ha señalado que los Estados, al firmar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han contraído la obligación de respetar el disfrute de los derechos en otros países y de impedir que terceros conculquen ese derecho en otros países. Por ejemplo la OG núm. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud E/C.12/2000/4, en su párrafo 39. Asimismo la OG núm. 15 (2002), El derecho humano al agua E/C.12/2002, en su párrafo 31.

[47] Dicho Comité conminó a Canadá a que adoptara las medidas legislativas o administrativas adecuadas para impedir que actos de empresas transnacionales con domicilio social en Canadá afectaran el goce de los derechos indígenas en territorios situados fuera de Canadá. Véase CERD/C/CAN/CO/!, párrafo 17 del 25 de mayo de 2007.

Si bien es cierto que el problema no es sencillo en tanto que en el marco de la globalización las corporaciones transnacionales operan en múltiples Estados y se articulan bajo múltiples entidades jurídicas con arreglo a una enorme diversidad de leyes, ello no debería impedir que se comience a profundizar en criterios jurídicos más definidos que contribuyan a identificar el origen de los capitales, la nacionalidad de los integrantes de los consejos de administración, la sede del ente directivo, la información contable y el destino de las ganancias.[48]

Finalmente, no puede dejar de mencionarse el importante esfuerzo que están haciendo organizaciones e instituciones a nivel internacional para lograr los acuerdos necesarios que permitan en un futuro cercano que en el seno de la ONU se firme un tratado internacional, jurídicamente vinculante dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos, que regule las actividades de las ETN y otras empresas.

El pasado 6 de julio de 2016 se reunió en Ginebra el Grupo de Trabajo Intergubernamental de la ONU encargado de elaborar el instrumento para avanzar en su construcción. Se trataría de una vía más para abordar desde el derecho las cuestiones relacionadas con la prevención y reparación de las violaciones de derechos cometidas por los poderes privados. En este proceso es fundamental reunir esfuerzos de distintos sectores y la participación de la sociedad civil internacional organizada es de la mayor relevancia en tanto que los Estados clave en las discusiones se han mantenido ausentes.

En esas discusiones será importante enfatizar la obligación que tienen todos los Estados de proteger los derechos humanos, reafirmar la primacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre los tratados comerciales y de inversión, establecer responsabilidades claras, tanto civiles como penales, hacia las empresas y sus directivos, así como incluir obligaciones claras a las instituciones internacionales económico-financieras.[49]

VI. Conclusiones

En el marco de la globalización actual, el sentido social original de la Constitución de 1917 —que fue precursora en la incorporación de derechos sociales en el máximo nivel legal— se encuentra quebrantado. Tanto las modificaciones que han ocurrido dentro de su propio marco, como el fortalecimiento inédito del derecho internacional comercial, han trastornado el principio de soberanía estatal y han convertido al Estado mexicano en un aliado de los intereses económicos transnacionales.

Todo lo anterior tiene una repercusión grave en el mundo de los derechos humanos, en tanto que durante las últimas décadas hay un incremento notable de las violaciones a los derechos por parte de las empresas que no encuentran respuestas

[48] Hernández Zubizarreta, Juan y Ramiro, Pedro, *op. cit.*, p. 90.

[49] Gaberell, Laurent y González, Erika, "Ocho propuestas para un tratado sobre empresas y derechos humanos", en *La Marea*, 17 de julio de 2015.

suficientes en el marco del Estado actual. La realidad de los poderes económicos ha rebasado el marco del derecho constitucional del siglo XX y por ello es necesario comenzar a repensar las viejas instituciones diseñadas para proteger los derechos humanos, así como imaginar nuevas que sean capaces de enfrentar el peligroso avance de los poderes privados a escala planetaria.

LA NUEVA CONSTITUCIÓN ENERGÉTICA MEXICANA Y SU IMPLEMENTACIÓN

César Emiliano HERNÁNDEZ OCHOA*

SUMARIO: I. *Significado básico de la reforma energética: consolidación de la economía de mercado*. II. *Las Reformas Constitucionales y su implementación*. III. *Ejes sustantivos de la Reforma Constitucional de 2013*. IV. *La Reforma Constitucional de 2013 y la abolición de los monopolios estatales en el sector energético*. V. *Asignaciones y contratos de exploración y extracción de hidrocarburos*. VI. *La nueva organización de la industria y el mercado eléctricos*. VII. *El "cuarto de máquinas" de la Constitución: autoridades y empresas del Estado*. VIII. *Efectividad de las Reformas Constitucionales y Legales de 2013 y 2014*.

El presente ensayo analiza la reforma en materia energética de 2013 y 2014. En su primer apartado la caracteriza como una reforma con la que se concluye en México el ciclo de constitucionalización de la economía de mercado iniciado a fines de los años ochenta. En los siguientes apartados se analiza cómo la reforma —desde su diseño— buscó superar algunos de los problemas básicos del derecho en México, notablemente el reto de la implementación. Al respecto, la reforma no sólo estableció normas fundamentales para la apertura del sector, sino que incorporó al texto constitucional de manera específica varias de las mejores prácticas internacionales tanto en materia de contratos y asignaciones de hidrocarburos, como en relación con la nueva industria y el mercado eléctricos. Adicionalmente, en la reforma se estableció un ambicioso calendario de ejecución legislativa y administrativa, y se fortalecieron las instituciones administrativas encargadas de ejecutar el programa regulatorio de la reforma. Tanto en su diseño como en su implementación, la reforma reúne varias condiciones que le permitirán ser efectiva.

* Doctor en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Subsecretario de Electricidad desde febrero de 2014 hasta la fecha. Durante 2013 se desempeñó como Jefe de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Energía, así como Secretario del Consejo de Administración de Pemex y de la Junta de Gobierno de CFE. Las opiniones expresadas en este ensayo son personales.

La organización del ensayo es la siguiente. El primer apartado presenta el significado básico de la reforma. El segundo describe las piezas jurídicas fundamentales de la misma, y aborda en particular el uso que se le dio a las disposiciones transitorias como un instrumento para detallar y acelerar el programa de implementación legislativa y regulatoria de la misma. El tercer apartado analiza sus cuatro ejes fundamentales, a saber: *a)* la abolición de los monopolios energéticos, *b)* las asignaciones y contratos petroleros, *c)* la industria y el mercado eléctricos, y *d)* las autoridades y operadores. El último apartado concluye argumentando los diversos elementos que darán efectividad a la reforma.

I. Significado básico de la reforma energética: consolidación de la economía de mercado

La Reforma Energética de 2013 y 2014, que abarcó al sector eléctrico y al sector hidrocarburos, es una de las grandes transformaciones de la Constitución y la legislación mexicanas, al grado que algunos estudiosos la han llamado "revolución", más que "reforma",[1] mientras otros se han cuestionado si —junto con otras reformas de la misma etapa— se ha dado paso a una nueva Constitución.[2] A través de ella se abrieron a la competencia y la participación privada las últimas industrias relevantes que permanecían cerradas desde la propia normatividad constitucional y legal. Siendo México un país ampliamente integrado a los flujos internacionales de comercio e inversión,[3] nuestra cerrazón en materia energética era un arcaísmo incongruente con el modelo económico que había venido desarrollándose en el país desde mediados de los ochenta, así como la última excepción económicamente relevante al principio de libre competencia tutelado por la Constitución.[4] La transición jurídico-institucional hacia un marco de economía de mercado es descrita por el

[1] Jorge Chávez Presa señala: "El nuevo marco jurídico del sector energético… corresponde más a una revolución que a una reforma. El hecho de transformar completamente la manera de pensar y organizar los instrumentos para resolver el problema económico de la energía y el aprovechamiento de un recurso natural no renovable, constituye una revolución en las instituciones mexicanas". Chávez Presa, Jorge, "El nuevo marco institucional del sector energético: más que reforma es una revolución", en Gallardo, Adrián y De la Mora, Luz María (coords.), *Reforma energética. Motor de crecimiento económico y bienestar*, México, Fundación Colosio-Porrúa, 2014, p. 339.

[2] Dice Sergio López Ayllón: "En 1994 iniciamos el año con la noticia de la insurrección zapatista y la entrada en vigor del TLC. En 2014 no tuvimos primeras planas tan espectaculares, pero sin darnos cuenta amanecimos con un nuevo horizonte político que, a fuerza de reformas, constituye en ciernes una nueva Constitución". López Ayllón, Sergio, "Los saldos de las reformas: ¿otra Constitución?", *El Universal* (edición electrónica), 12 de enero de 2014.

[3] Sobre la apertura de la economía mexicana véase Lustig, Nora, *Mexico: The Remaking of an Economy*, Washington D. C., Brookings Institution Press, 1998, p. 287.

[4] Como se analiza más abajo, después de las Reformas Constitucionales y Legales de 2013 y 2014, las "áreas estratégicas" no acotadas (monopolios constitucionales o legales, o áreas en las que el Estado realiza funciones exclusivas sin posibilidad de contratar con terceros), se limitan a actividades económicas poco relevantes (por ejemplo, telégrafos y radiotelegrafía).

economista Santiago Levy, quien refiere cómo a partir de su ingreso al GATT en 1985 México inició "un profundo proceso de reforma estructural" en materia económica. En palabras de Levy, este proceso:

> …ha requerido la revisión de un gran número de instrumentos jurídicos: reformas constitucionales para darle autonomía al Banco de México y desincorporar al sistema ferroviario;… tratados de libre comercio con diversos países, y revisión y promulgación de un gran número de leyes, reglamentos y normas de menor orden jurídico. Todo lo anterior ha implicado una revisión de fondo, casi podríamos decir reconstrucción, del marco normativo e institucional en el que se desenvuelve la actividad económica de nuestro país… Un hilo conductor central del proceso de reconstrucción del marco institucional en el que se desenvuelve la actividad económica ha sido darle renovado vigor a… un viejo valor: promover la competencia económica.[5]

Al abrirse en 2013 los candados constitucionales y legales que ataban a la energía a estructuras monopólicas o cuasi-monopólicas públicas, México completó el ciclo de acceso a una economía plenamente abierta.[6] En palabras de uno de los críticos de la reforma, el jurista Jaime Cárdenas: "Con esta reforma formal y constitucionalmente se desestatiza la economía nacional y se le coloca en los carriles de la economía de mercado".[7]

II. Las Reformas Constitucionales y su implementación

La Reforma Constitucional de 2013[8] modificó varios aspectos de tres artículos constitucionales considerados fundamentales en el ideario constitucional tradicional, y centrales para la regulación de la economía mexicana: el 25, el 27 y el 28.[9] La lectu-

---

[5] Levy, Santiago, "Presentación", en Aguilar Álvarez de Alba, Javier, *La libre competencia*, México, Oxford University Press, 2000, p. XIII.

[6] Para Alejandro López Velarde: "Las reformas constitucionales de 2013 representan una ruptura histórica para la industria mexicana del gas y del petróleo… [a través de éstas] México descontinuó las prácticas monopólicas de Pemex en cada segmento de la industria del gas y del petróleo". López Velarde, Alejandro, y Vázquez, Philip D., "Historic Break with the Past: The New Foreign Investment Possibilities in the Mexican Oil and Gas Industry", en *Natural Resources Journal*, vol. 55, núm. 1, p. 178 (trad. del original en inglés por el autor).

[7] Cárdenas Gracia, Jaime, "La reforma constitucional en materia energética", en Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), *Reforma energética. Análisis y consecuencias*, México, UNAM-Tirant lo Blanch, 2015, p. 310.

[8] Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de diciembre de 2013 (en lo sucesivo, Reforma Constitucional de 2013).

[9] Jaime Cárdenas argumenta que los principios en materia energética previstos en los artículos 25, 27 y 28 eran principios supremos de la Constitución y por lo tanto no reformables sino por un constituyente originario. Véase Cárdenas, Jaime, *op. cit.*, pp. 314-322. No obstante, Héctor Fix-Fierro señala:

ra del nuevo texto es necesariamente compleja: lo que la Reforma suprime del texto antes vigente, es tan importante —o más— como el texto que se adiciona. Luis de la Calle lo ejemplifica al señalar: "Las propuestas de reforma eran revolucionarias… no tanto por el lenguaje que añadían sino por el que borraban… Al eliminar [la palabra] 'contratos' del 27 y al sector energía de las áreas estratégicas del 28, permitía establecer las condiciones… para que Pemex y CFE no fueran la única alternativa del Estado mexicano para explotar estos sectores".[10]

En adición a las modificaciones de los artículos 25, 27 y 28, la Reforma Constitucional de 2013 incorporó 21 disposiciones transitorias que multiplicaron por siete la extensión de su texto. Las disposiciones transitorias de la Reforma son un elemento esencial del contenido de la misma, y fueron —sobre todo— clave para su implementación. Al respecto lo primero que debe destacarse es que, aunque poco ortodoxo en términos de la técnica jurídica tradicional, una parte importante del contenido de las veintiún disposiciones constitucionales transitorias es sustantivo,[11] lo cual hace que el contenido sustantivo de la Reforma Constitucional de 2013 complemente ampliamente lo que dicta la nueva redacción de los artículos 25, 27 y 28. La existencia de disposiciones transitorias con contenido sustantivo es un fenómeno reconocido por la jurisprudencia[12] y observado por la doctrina en nuestro derecho constitucional. Al respecto, Pedro Salazar Ugarte señala que nuestra Constitución "expande su contenido hacia disposiciones llamadas transitorias que, en realidad, reglamentan materias de forma permanente".[13]

La redacción de las disposiciones transitorias de la Reforma Constitucional de 2013 ayudó a atender varios problemas de implementación que han afectado tradicionalmente al derecho mexicano. Por una parte, al establecerse de manera más

---

"Después de 1982 se modificaron… algunos de los principios supuestamente 'intocables' de la Revolución mexicana incorporados en la Constitución (educación, relaciones entre el Estado y las iglesias, reforma agraria y propiedad de la tierra). Podría decirse incluso que un diseño institucional 'nuevo', más complejo y moderno, se introdujo y se superpuso sobre el modelo institucional que se construyó en las décadas posteriores a la Revolución". Fix-Fierro, Héctor, "Hacia el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Una reflexión a propósito de reformas, textos, modelos y culturas constitucionales", en Carbonell Sánchez, Miguel *et al*. (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 4, t. 1, México, UNAM, 2015 p. 693.

[10] De la Calle, Luis, "El debate sobre la Reforma Energética", en Gallardo, Adrián y De la Mora, Luz María (coords.), *op. cit.*, pp. 278-279.

[11] De acuerdo con Diego Valadés: "De los 21 transitorios [de la Reforma Constitucional de 2013], 11 contienen disposiciones permanentes que deberían formar parte del cuerpo constitucional". Valadés, Diego, "La Constitución desfigurada", en Morales Aragón, Eliezer y Dávalos López, Juan José (coords.), *Reforma para el saqueo. Foro Petróleo y nación*, México, Ed. Proceso, 2015, pp. 28-29.

[12] Véase, por ejemplo, Tesis Aislada V. 2o.A.1 K de la Novena Época, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito; visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, octubre, 2001, p. 1086; cuyo rubro refiere: "Artículos Transitorios. Forman parte del ordenamiento jurídico respectivo y su observancia es obligatoria". En cuyo texto se señala: "Los artículos transitorios de una ley, reglamento, acuerdo y, en general, de cualquier ordenamiento jurídico, forman parte de él; en ellos se fija, entre otras cuestiones, la fecha en que empezará a regir o lo atinente a su aplicación…, por lo que la aplicación de aquéllos también es de observancia obligatoria, en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

[13] Salazar Ugarte, Pedro, "Una constitución (casi) centenaria", *Hechos y derechos* (edición electrónica), núm. 19, enero-febrero, 2014.

detallada en los transitorios varios de los elementos sustantivos de la regulación de hidrocarburos y electricidad, así como las características y atribuciones principales de las autoridades y operadores, se resolvieron temas centrales que podrían haberse controvertido en la discusión de la legislación secundaria. En este sentido, los amplios contenidos sustantivos incorporados en los transitorios de la Reforma pavimentaron el camino para acordar y concretar la legislación secundaria.[14] Lo anterior permitió que nueve meses después de la Reforma Constitucional de 2013, se publicaran las Reformas Legales de 2014, un conjunto de nueve leyes nuevas y reformas a otras doce más, con las que se implementaron a nivel legal las nuevas disposiciones constitucionales.[15] Cabe señalar que la legislación secundaria publicada estuvo sujeta a incorporar y desarrollar múltiples reglas y contenidos específicos prescritos por los transitorios constitucionales.

A su vez, las Reformas Constitucionales y Legales de 2013 y 2014 fueron rápidamente implementadas a través de otro amplio conjunto de disposiciones administrativas —reglamentos, lineamientos, decretos, reglas, manuales, contratos, entre otras— publicados a partir de 2013 y que ha seguido creciendo a lo largo de 2014, 2015 y 2016, sirviendo de base a resoluciones de las autoridades del sector energía. Cabe señalar que varias de las disposiciones administrativas emitidas se encontraban previstas en —y fueron mandatadas expresamente por— los artículos transitorios de la Reforma Constitucional de 2013. Un conjunto importante de estas disposiciones administrativas implementadoras fue emitido en el curso de los tres meses

[14] Al respecto, Irene Levy señala: "Los transitorios fungieron como instructivo, como guión de lo que deberían contener las leyes secundarias respectivas; su nivel de detalle tuvo un doble propósito: evitar los litigios que vendrían con seguridad si algunas de las figuras contenidas en la Constitución hubiesen sido establecidas en las leyes secundarias, y amarrar los compromisos políticos que se habían logrado desde el Pacto por México y que, de no incluirse en ese momento, se corría el riesgo de diluir durante su progresiva agonía". Levy, Irene, "La reforma de las telecomunicaciones", en *IBERO. Revista de la Universidad Iberoamericana*, vol. 35, 1o. de diciembre de 2014, p. 15. El anterior señalamiento es hecho por la autora en relación con la reforma constitucional de telecomunicaciones, que tiene paralelismos con la equivalente en materia de energía del mismo año.

[15] El 11 de agosto de 2014 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* seis decretos: 1) Decreto por el que se expide la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos y de la Ley de Coordinación Fiscal y se expide la Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo; 2) Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y de la Ley General de Deuda Pública; 3) Decreto por el que se expiden la Ley de la Industria Eléctrica, la Ley de Energía Geotérmica y se adicionan y reforman diversas disposiciones de la Ley de Aguas Nacionales; 4) Decreto por el que se expide la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética; se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y se expide la Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos; 5) Decreto por el que se expide la Ley de Hidrocarburos y se reforman diversas disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera; Ley Minera, y Ley de Asociaciones Público Privadas, y 6) Decreto por el que se expiden la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. En su conjunto referidos en este ensayo como Reformas Legales de 2014.

que siguieron a la publicación de las leyes secundarias, en acatamiento a la instrucción dada por el propio titular del Ejecutivo federal.[16]

Con la publicación de la legislación secundaria y de las piezas básicas de la regulación implementadora, los fundamentos establecidos en la Reforma Constitucional de 2013 dejaron de ser meros principios y se convirtieron en instituciones facultadas y en normas legislativas y administrativas concretas que posibilitaron conducir los procesos económicos en los sectores de electricidad e hidrocarburos. Como resultado de lo anterior, instituciones jurídicas nuevas introducidas en la Reforma Constitucional de 2013 como los contratos de exploración y extracción de hidrocarburos bajo las modalidades de producción compartida y licencia, o como el mercado eléctrico mayorista, se habían vuelto operativas en la primera mitad de 2016.[17]

Si bien la Reforma Constitucional de 2013 en materia de energía, y otras de la misma etapa, como la reforma constitucional relativa a la competencia económica y las telecomunicaciones, han sido criticadas por utilizar el articulado transitorio de manera excesiva y jurídicamente impropia,[18] en el caso del sector energía esta técnica jurídica heterodoxa parece haber sido un factor que contribuyó de manera importante a su rápida y armónica implementación. Lo anterior es un tema que los constitucionalistas mexicanos deberán valorar en el futuro, habida cuenta de que uno de los problemas más agudos y criticados del orden jurídico mexicano es precisamente la tardía o nula implementación de las disposiciones constitucionales.[19]

---

[16] Peña Nieto, Enrique, "Reforma energética para el crecimiento y el bienestar", en Gallardo, Adrián y De la Mora, Luz María (coords.), *op. cit.*, pp. 441-449 (que transcribe el discurso del titular del Ejecutivo Federal el 11 de agosto de 2013, día de la promulgación de las Reformas Legales de 2013, y en el que instruye diez acciones de implementación y fija sus plazos, incluyendo la publicación de los resultados de la Ronda Cero y las áreas a ser licitadas en la Ronda Uno (13 de agosto), publicación de Decretos de creación del Cenace y Cenagas (antes de que concluya agosto), presentación de candidaturas a comisionados de CNH, CRE, consejeros independientes de CFE y Pemex, así como miembros independientes del Fondo Mexicano del Petróleo (en agosto), creación del Fondo Mexicano del Petróleo y del Fondo del Servicio Universal Eléctrico (en septiembre), publicación de todos los reglamentos previstos en la legislación secundaria de la reforma energética (en octubre), publicación del decreto del Instituto Mexicano del Petróleo (en octubre), publicación de los lineamientos para la emisión de los certificados de energía limpia (en octubre), publicación del Reglamento de la ASEA (en 90 días). Cabe señalar que todas estas instrucciones se cumplieron en tiempo.

[17] Los primeros contratos de exploración y extracción de hidrocarburos bajo la modalidad de producción compartida fueron firmados a partir de septiembre de 2015, los primeros contratos de extracción de hidrocarburos bajo la modalidad de licencia en mayo de 2016. El mercado eléctrico mayorista inició operaciones el 28 de enero de 2016.

[18] Al respecto Jaime Cárdenas señala: "Se ha cuestionado severamente que en los artículos transitorios se contemplen las principales regulaciones, pues los transitorios son adjetivos y están subordinados a los elementos sustantivos que se contienen en los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución. En esta reforma como en otras modificaciones constitucionales recientes, existe un uso abusivo de los artículos transitorios y, por ello, normas que deben corresponder a la parte sustantiva se sitúan indebidamente en la parte adjetiva". Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 308. Véase también Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 28 (donde el autor señala que: "[s]ería muy llamativo que los inversores se den por satisfechos con lo que aparezca en unas disposiciones transitorias, o sea, efímeras, y que no figurará en el texto de ninguna edición de la Constitución").

[19] Véase al respecto el proyecto del CIDE denominado "Violómetro Constitucional", que ofrece datos cronológicos y legislativos para medir, en tiempo real, las violaciones constitucionales en que incurre el Congreso de la Unión al no cumplir con sus obligaciones de emitir, por ejemplo, la legislación

III. Ejes sustantivos de la Reforma Constitucional de 2013

La amplitud y diversidad de contenidos de la Reforma de 2013 exige un esfuerzo de síntesis y enfoque que facilite ordenar nuestro pensamiento sobre la misma. Al respecto, resulta fructífero analizar sus cuatro ejes sustantivos de mayor impacto. Un primer eje de análisis se refiere a las áreas del sector energético que la Reforma abrió a la participación privada, ampliando el ámbito de aplicación de las libertades de comercio e industria, y de las garantías de competencia económica tuteladas por los artículos 5 y 28 de la propia Constitución. Un segundo eje es el relativo a la nueva regulación de las asignaciones y los contratos de hidrocarburos, tema que es el *leit motiv* de varias de las nuevas disposiciones constitucionales. Un tercer eje de análisis se enfoca en la nueva regulación constitucional aplicable a los diferentes segmentos de actividades de la industria eléctrica. Finalmente, el cuarto eje es el relativo a la forma en que la *Reforma* replantea el papel de las diferentes autoridades y empresas del Estado mexicano.

IV. La Reforma Constitucional de 2013 y la abolición de los monopolios estatales en el sector energético

La Reforma Constitucional de 2013 desmontó los principales elementos en que se fundamentaba jurídicamente la estructura monopólica estatal de los sectores de hidrocarburos[20] y electricidad.[21] El fundamento central de los monopolios de Estado

secundaria dentro de los plazos establecidos en los transitorios de reformas constitucionales. Disponible en: *http://periodismocide.org/eventos/violometro/*.

[20] Sobre la historia jurídica de la formación de los límites constitucionales y legales a la participación privada en el sector hidrocarburos, véase Ortega Lomelín, Roberto, *El petróleo en México. Una industria secuestrada*, México, 2012, UNAM-Porrúa, pp. 37-197 (en particular, la historia de la Ley de 1958 a través de la cual se consolidó jurídicamente la estatización y el monopolio de Pemex sobre todos los segmentos de la industria petrolera; desde la exploración y extracción hasta la venta de primera mano de hidrocarburos, pp. 90-102). Véase Márquez, Daniel, "Modelos histórico-jurídicos de contratación en Petróleos Mexicanos" en Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), *Reforma energética. Análisis y consecuencias*, México, UNAM-Tirant lo Blanch, 2015, pp. 47-96.

[21] Sobre la formación de los límites constitucionales y legales a la participación privada en el sector eléctrico mexicano, véase Cortés Campos, Josefina, *Derecho administrativo y sector eléctrico. Elementos de regulación*, México, Porrúa-ITAM, 2007, pp. 41-148. También véase Castro Estrada, Álvaro, "El marco jurídico del sector eléctrico" y Bueno Montalvo, Fernando, "La participación del sector privado en la generación de electricidad", ambos en Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, *La modernización del sector eléctrico. 1988-1994*, México, Semip-CIDE, 1994, pp. 35-51 y 69-87. Las razones de la nacionalización y el monopolio eléctrico se revisan en Rosenzweig Medialua, Francisco, "Marco regulatorio de las industrias de gas natural y electricidad: diagnóstico y perspectivas", en *Enerlegis*, 2007, pp. 35-36.

en el sector energía se ubicaba en el párrafo cuarto del artículo 28 constitucional,[22] mismo que antes de la reforma de 2013 señalaba en su parte relevante: "No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: petróleo y demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad…". Nótese que la redacción anterior era notablemente vaga: las "funciones" en las cuales se permitirían monopolios de Estado eran actividades genéricas como los "hidrocarburos" o la "electricidad". La Reforma Constitucional de 2013 sustituyó las denominaciones genéricas de las áreas estratégicas del artículo 28 antes referidas, por otras más acotadas. Así, en lugar de "petróleo y demás hidrocarburos" quedó sólo "la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos". Y la referencia a la "electricidad" fue sustituida por "la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica". Además, en el caso del sector hidrocarburos se eliminó la referencia a la "petroquímica básica" como área estratégica y monopolio estatal; y en el sector eléctrico sólo se mantuvo con esa categoría la generación nuclear.

El otro pilar constitucional de los monopolios de Estado en el sector energético se ubicaba en los párrafos cuarto y sexto del artículo 27 constitucional, mismos que antes de la Reforma Constitucional de 2013 señalaban en las partes conducentes: "Corresponde a la nación el dominio directo de… el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos" mismo que "es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades mercantiles establecidas conforme a las leyes mexicanas *no podrá realizarse sino mediante concesiones*…". No obstante, añadía: "Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos y gaseosos o de minerales radioactivos, *no se otorgarán concesiones ni contratos*, ni subsistirán los que, en su caso, se hayan otorgado y la nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la Ley Reglamentaria respectiva".[23] Al respecto, la Reforma Constitucional de 2013 también desmontó las restricciones del artículo 27 que servían de base al monopolio de Estado. En primer lugar, se acotó el alcance sustantivo del "dominio directo de la nación" sobre los hidrocarburos en general, para que sólo se refiriera a los hidrocarburos "en el subsuelo". En segundo lugar, se eliminó el candado circular en el que, por una parte se obligaba a los particulares

[22] Sobre la reforma que estableció la rectoría estatal y los monopolios de Estado (áreas estratégicas) en el artículo 28 constitucional en 1982, José María Serna de la Garza recuerda: "Al establecer de manera limitativa las áreas estratégicas en las que el Estado tendría exclusividad, se le tachó de abdicar a favor del sector privado, en el entendido de que en todas las áreas que no calificaran de estratégicas se permitiría la participación activa del sector privado". Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, p. 135.

[23] Con base en esos textos, y en el artículo 3 de la Ley reglamentaria que —desde 1958— definió a la industria petrolera de manera tal que el monopolio estatal en hidrocarburos comprendía todos los segmentos de la industria, desde la exploración y extracción del hidrocarburo, su transporte y almacenamiento, su transformación industrial, y hasta la venta de primera mano de los hidrocarburos o sus productos (gasolinas o petroquímicos básicos).

que quisieran explotar o aprovechar los recursos del subsuelo a hacerlo mediante una concesión, y por la otra se prohibía el otorgamiento de concesiones en materia de hidrocarburos. La Reforma lo eliminó, dejando sólo la prohibición de otorgar "concesiones" a particulares y a sociedades mercantiles mexicanas. En tercer lugar, suprimió del artículo 27 la prohibición de otorgar "contratos" a particulares. Este último cambio fue fundamental al abrir el camino, como se verá en la siguiente sección, a la participación de particulares en exploración y extracción de hidrocarburos, siguiendo mejores prácticas internacionales.

Para el caso de la electricidad, antes de la Reforma Constitucional de 2013 el párrafo sexto del artículo 27 constitucional prescribía la exclusividad estatal en relación con: "generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público". La Reforma sustituyó lo anterior dejando la exclusividad estatal únicamente en relación con "la planeación y el control del sistema eléctrico nacional; así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica". De esta manera la Reforma Constitucional de 2013 liberó a la participación privada (sin prohibir la participación estatal) las demás actividades de la industria eléctrica, notablemente la generación y la comercialización. El nuevo texto del párrafo sexto del artículo 27 constitucional introducido en 2013 establece expresamente que las leyes "determinarán la forma en que los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica". En relación con las restricciones previas, la Reforma Constitucional de 2013 mantuvo la poco relevante prohibición de otorgar "concesiones" en las áreas reservadas, aunque a diferencia del sector hidrocarburos, en el sector eléctrico nunca existió una restricción constitucional a la celebración de contratos. El nuevo texto del párrafo sexto del artículo 27 constitucional, dice en la parte alusiva: "…en estas actividades [esto es, la planeación y el control del sistema eléctrico nacional; así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica] no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes".

Una vez reformados sus artículos 27 y 28, en la Constitución sólo subsisten monopolios públicos para sectores donde esa figura es la mejor práctica internacional (por ejemplo, en las actividades de banca central), o en otros que son económicamente poco relevantes en México por tratarse de industrias anticuadas en proceso de obsolescencia (por ejemplo, correos, telegrafía y radiotelegrafía) o de actividades de seguridad nacional (minerales radioactivos y generación de energía nuclear). Así, a raíz de la Reforma Constitucional de 2013, la nueva redacción del capítulo energético constitucional es más congruente que antes con el resto de las disposiciones constitucionales en materia económica, particularmente con los principios de libertad de comercio e industria, libre competencia y administración eficiente, eficaz y honesta de los recursos económicos del Estado postulados en los artículos 5o., 27, 28 y 134 de la Constitución.[24] La idea básica es que la participación privada nacional

[24] Leonel Pereznieto y Renato Guerrero muestran la interdependencia entre las diversas libertades económicas tuteladas en la Constitución mexicana: "La protección del proceso de competencia y libre concurrencia deriva del principio de la libertad de comercio e industria". A su vez: "La libertad de co-

y extranjera (sin excluir la participación concurrente de las empresas estatales de México y otros países) aumenta la competencia económica en el sector energético y permite que los recursos de la nación (incluyendo los extraídos del subsuelo, o los que son utilizados u operados directamente por las empresas mexicanas del Estado como las redes eléctricas o gasoductos) se aprovechen mejor y generen los mayores beneficios al propio Estado.[25] La lectura jurídica del texto fundamental como un conjunto armónico se facilita después de la Reforma.

V. Asignaciones y contratos de exploración y extracción de hidrocarburos

La Reforma Constitucional de 2013 instituyó un nuevo régimen en materia de asignaciones y contratos de exploración y extracción de hidrocarburos.

No es exagerado señalar que este es uno de los temas a los que se dedica una mayor atención, tanto cualitativa como cuantitativa (quizá en demérito de la regulación de los mercados de transporte o comercialización de hidrocarburos).[26]

La Reforma regula los procedimientos para otorgar asignaciones a las empresas productivas del Estado, caracteriza expresamente varias modalidades contractuales permitidas, autoriza el reporte de reservas de hidrocarburos asignadas o contratadas, establece un fondo para administrar los ingresos derivados de las asignaciones y contratos de hidrocarburos, provee garantías de transparencia de los contratos y asignaciones, y establece un nuevo órgano encargado de regular la seguridad industrial y la protección al medio ambiente en esta materia.[27]

---

mercio e industria se inscribe dentro de un marco más vasto, que puede ser denominado *libertad económica*, la cual incluye otras libertades particulares como el derecho de propiedad, la libertad contractual, la libertad de residencia, la libertad de tránsito, sin las cuales toda participación real dentro de la vida económica en un país o en el ámbito internacional no puede ser efectiva". Pereznieto Castro, Leonel, y Guerrero Serreau, Renato Roberto, *Derecho de la competencia económica*, México, Oxford University Press, 2002, p. 1 (cursivas en el original).

[25] En este sentido, véanse, por ejemplo, los argumentos de Luis de la Calle que señala: "No es sino con la reforma [energética] que se podrá cumplir con el mandato del artículo 134 de la Constitución de 'asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles'. Es decir, si Pemex no ofrece las mejores condiciones y otros sí, lo apropiado es utilizar a estos últimos. Si Pemex es siempre la mejor opción, ganará todos los contratos". De la Calle, Luis, *op. cit.*, p. 278.

[26] Sobre la regulación del *midstream* posterior a la Reforma Constitucional de 2013 véase Zúñiga Martínez, Guillermo, "Hidrocarburos y régimen regulatorio del *midstream*", en *Energía a debate*, julio-agosto de 2016, pp. 8-14.

[27] Un análisis general de la reforma mexicana de hidrocarburos puede consultarse en Lajous, Adrián, "Mexico Downstream: Oil Reform", *Oxford Energy Forum*, núm. 98, noviembre de 2014, pp. 35-39. También White & Case, *Energy Reform with Respect to Hydrocarbons (Client Alert)*, México, White & Case, agosto de 2014, y Mejía, María *et al.*, *Mexico's New Energy Landscape*, Platts-McGraw Hill Financial, marzo de 2015.

1. *Las asignaciones iniciales a Pemex (Ronda 0)*

La Reforma Constitucional de 2013 permitió al Estado asignar a Pemex diversos campos petroleros que ya venía explotando, o sobre territorio con potencial petrolero que había explorado en el pasado. La nación —afirma el nuevo texto del artículo 27 constitucional— "llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado…".[28] Si bien la anterior disposición es atemporal, el transitorio Sexto de la Reforma Constitucional de 2013 establece un detallado procedimiento para llevar a cabo la asignación inicial de campos de hidrocarburos a Pemex (también conocida en la industria como "Ronda 0"). Este procedimiento parte de una solicitud de adjudicación de áreas de exploración y campos en producción presentada por Pemex a la Secretaría de Energía (Sener).[29] Ésta, por su parte, con la asistencia técnica de la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH), emite la resolución correspondiente a dicha solicitud estableciendo "la superficie, profundidad y vigencia de las asignaciones procedentes".[30] El transitorio Sexto de la Reforma Constitucional de 2013 establece una serie de aspectos técnicos, operativos y económicos que Sener debe considerar para resolver las solicitudes de adjudicación de Pemex, tanto para las áreas de exploración como para los campos de extracción.[31]

La Ronda 0 se concluyó incluso antes de los plazos establecidos en los transitorios de la Reforma Constitucional de 2013,[32] y en un tiempo significativamente más corto que el observado en procesos internacionales similares.[33] Lo anterior fue crucial para dar paso y seguridad a las subsecuentes licitaciones de campos petroleros abiertas a la participación privada (dentro de las denominadas Ronda 1 y Ronda 2), toda vez que delimitó el alcance de los derechos de exploración y extracción de Pemex sobre el territorio mexicano. El procedimiento establecido para que el Estado otorgara estas asignaciones petroleras estuvo regulado directamente por la Reforma Constitucional de 2013, por lo que pudo avanzar casi hasta su concreción sin necesidad de esperar a la expedición de la legislación secundaria.[34]

---

[28] Artículo 27, párrafo sexto, CPEUM.

[29] Transitorio Sexto, segundo párrafo, Reforma Constitucional de 2013.

[30] Transitorio Sexto, tercer párrafo, Reforma Constitucional de 2013.

[31] Transitorio Sexto, segundo párrafo, Reforma Constitucional de 2013.

[32] El Transitorio Sexto daba a Pemex un plazo de 90 días naturales para presentar la solicitud de adjudicación de asignaciones de áreas de exploración y de campos de extracción; y a Sener un plazo de 180 días para resolver la solicitud de Pemex. La resolución de la Secretaría se publicó en agosto de 2014, varios días antes del vencimiento del plazo.

[33] En el caso de Brasil, llegar a la Ronda 0 tomó tres años: la reforma constitucional que puso fin al monopolio petrolero tuvo lugar en 1995, la nueva Ley de Petróleo (Ley 9478/97) se publica en agosto de 1997 y la Ronda 0 en la que el regulador (ANP) otorga a Petrobras 397 bloques tiene lugar en agosto de 1998. Véase Ruiz Ochoa, Gabriel, "México está enfrentando problemáticas similares a las de Brasil hace 11 años", en Cortés Campos, Josefina y Grunstein, Miriam (comps.), *Regulación energética contemporánea. Temas selectos*, México, Porrúa-ITAM, 2009, pp. 147-148.

[34] No obstante que la Ronda 0 se llevó a cabo en aplicación directa del Transitorio Sexto de la Reforma Constitucional de 2013, el transitorio Sexto de la Ley de Hidrocarburos previó que las asignaciones otorgadas a Pemex se regirían por dicha ley secundaria. Los resultados de la Ronda 0 se

2. *Las nuevas modalidades de contratos petroleros y la subsistencia de la prohibición de concesiones*

La Reforma Constitucional de 2013 no sólo eliminó la prohibición de celebrar "contratos" en materia de hidrocarburos, sino que permitió *expresamente* al Estado celebrarlos con empresas productivas del Estado o con particulares en materia de "exploración y extracción de hidrocarburos". La posibilidad explícita de celebrar contratos para llevar a cabo estas actividades es tanto más importante cuanto que se trata de un área estratégica reservada al Estado. La propia Reforma es clara en la motivación económica que debe guiar al Estado en su decisión de contratar. Conforme al artículo 27, párrafo séptimo, de la Constitución, el propósito de los contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos es "obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la nación".[35] Asimismo se reitera en el texto constitucional que la elección de la modalidad de contrato y de contraprestación atenderá "siempre a maximizar los ingresos para lograr el mayor beneficio de largo plazo".[36]

En el transitorio Cuarto de la Reforma Constitucional de 2013 se desarrollan de manera expresa, aunque no limitativa, cuatro "modalidades de contratación" "para llevar a cabo, por cuenta de la nación, las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los hidrocarburos". A cada modalidad de contratación corresponde una modalidad de contraprestación también regulada en el transitorio Cuarto de la Reforma. En primer lugar están los "contratos de servicios", a los cuales corresponde una contraprestación "en efectivo". En segundo lugar, los "contratos de utilidad compartida", a los que corresponde pagar con "un porcentaje de la utilidad". En tercer lugar, los "contratos de producción compartida", cuya contraprestación será "un porcentaje de la producción obtenida". En cuarto lugar están "los contratos de licencia", cuya contraprestación será "la transmisión onerosa de los hidrocarburos una vez que hayan sido extraídos del subsuelo". La Reforma Constitucional de 2013 señala también que la nación podrá escoger una modalidad de contraprestación que sea "cualquier combinación de las anteriores".[37]

Los diferentes tipos de contratos incorporados en 2013 en la Constitución corresponden con los utilizados en la práctica de la industria de hidrocarburos a nivel internacional.[38] Toda vez que un buen número de disputas jurídicas e ideológicas en la historia petrolera mexicana giraron alrededor del tipo de contrato constitu-

---

dieron a conocer el 13 de agosto de 2014, apenas un par de días después de la publicación de la Ley de Hidrocarburos.

[35] Artículo 27, párrafo séptimo, CPEUM.

[36] Transitorio Cuarto, párrafo segundo, Reforma Constitucional de 2013.

[37] Transitorio Cuarto, párrafos primero y segundo, Reforma Constitucional de 2013.

[38] Johnston, Daniel, *International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*, Tulsa, Penn Well, 1994 (que es un texto estadounidense muy utilizado sobre contratos y sistemas fiscales petroleros). También Grunstein, Miriam, *De la caverna al mercado. Una vuelta por el mundo de las negociaciones petroleras. Contratos y concesiones de exploración y producción*, México, Tirant lo Blanch, 2015 (se trata de la segunda edición del primer libro mexicano dedicado al análisis de los contratos petroleros, tanto en su práctica internacional como en la nacional).

cionalmente permitido (mientras subsistía la prohibición constitucional de celebrar contratos), resulta particularmente importante que el nuevo texto constitucional sea expreso en establecer las formas contractuales válidas y que éstas correspondan a las mejores prácticas internacionales contemporáneas. Lo anterior resulta importante toda vez que la Constitución mantiene la prohibición expresa a las concesiones en materia de hidrocarburos. Dichas concesiones se otorgaron históricamente al amparo de las Leyes del Petróleo de la época porfiriana,[39] y al igual que las *leases* del derecho consuetudinario estadounidense, eran instrumentos que otorgaban a los concesionarios derechos de propiedad sobre los hidrocarburos en el subsuelo (algo que entraba en conflicto con la propiedad originaria del Estado postulada por el artículo 27 de la Constitución mexicana a partir de 1917), además de que no reconocían adecuadamente el derecho del Estado que los otorgaba a obtener una renta petrolera justa.[40] Cabe señalar que en diversos países se utilizan contratos modernos denominados *leases* (Estados Unidos), *concesiones* (Brasil), o *licencias* (Perú, Reino Unido o Noruega), mismos que no corresponden en cuanto a sustancia con las concesiones porfirianas repudiadas por la Constitución mexicana de 1917, pero que tienen similitud con los contratos de licencia mexicanos expresamente permitidos por la Reforma Constitucional de 2013.[41]

3. *Derecho a reportar asignaciones y contratos*

Otro elemento de la Reforma Constitucional de 2013 que refleja la incorporación de práctica internacional comúnmente aceptada en materia de hidrocarburos es el establecimiento expreso del derecho de los titulares de asignaciones y contratos de exploración y extracción de hidrocarburos para reportar "para efectos contables y financieros la asignación o contrato correspondiente y sus beneficios esperados".[42]

---

[39] Ortega Lomelín, Roberto, *op. cit.*, pp. 43-47 (donde el autor analiza cómo, a partir de 1884, se derogan las Ordenanzas de Aranjuez de 1783, se expide un primer Código Minero, sucedido por Leyes Mineras y eventualmente Leyes del Petróleo, y se adopta el modelo jurídico anglosajón que otorga a los dueños del suelo la propiedad del petróleo en el subsuelo).

[40] Meyer, Lorenzo, "Los referentes históricos de la electricidad y de los hidrocarburos en México", en Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), *Reforma energética. Análisis y consecuencias*, México, UNAM-Tirant lo Blanch, 2015, p. 383.

[41] Miriam Grunstein señala: "No hay razones prácticas para que México haya mantenido la prohibición sobre las concesiones en el texto constitucional y haberla dejado podría poner en riesgo la validez de los Contratos-Licencia si se llegara a argumentar que son lo mismo. De llegar a esto la *litis* podría resolverse de esta forma: los Contratos-Licencia se parecen mucho a las concesiones modernas y no se parecen en casi nada a las concesiones que prohibió Cárdenas". Grunstein, Miriam, *op. cit.*, p. 238. Por su parte, Pedro Reséndez analiza diversas diferencias entre las concesiones y los contratos de licencia desde la perspectiva del significado que el derecho mexicano asigna a ambos conceptos (por ejemplo, los diferentes derechos que otorgan, sus supuestos de terminación, o sus mecanismos de resolución de controversias). Véase Reséndez Bocanegra, Pedro J., *Los contratos petroleros de licencia no son concesiones*, México, mimeo, 2016. Reséndez concluye que: "el hecho de que el Contrato de Licencia Petrolera contenga algunas características que son similares a las de las Concesiones, no implica que tengan la misma naturaleza jurídica" (p. 20).

[42] Transitorio Quinto, primer párrafo, Reforma Constitucional de 2013.

Lo anterior es un elemento clave para que las empresas que sean titulares de asignaciones y contratos accedan en mejores condiciones a capital y financiamiento en los mercados en los que cotizan.[43] La Reforma condicionó este derecho a reportar, a que "se afirme en las asignaciones o contratos" que todos los hidrocarburos "que se encuentran en el subsuelo, son propiedad de la nación".[44] Esta condición es redundante toda vez que el nuevo texto del artículo 27 constitucional expresamente señala que "los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la nación, y así deberá afirmarse en las asignaciones y contratos".[45] En todo caso, afirmar la propiedad del Estado sobre los hidrocarburos en el subsuelo es una limitación congruente con la regulación que aplican múltiples países y no afecta el beneficio que el derecho a reportar confiere a empresas (incluyendo a las del Estado).

4. *Licitaciones de contratos y asociaciones (Ronda 1 y subsecuentes)*

La Reforma Constitucional de 2013 contempla que la asignación de contratos de exploración y extracción de hidrocarburos se haga por medio de licitaciones llevadas a cabo por la CNH. Al respecto, la Reforma atribuye a ese órgano regulador "la realización de las licitaciones, asignación de ganadores y suscripción de los contratos para las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos".[46]

La Reforma prevé que Pemex pueda migrar sus asignaciones a contratos. Al respecto, se establece que debe hacerse a través de una solicitud presentada por Pemex a Sener.[47] La "migración" permite a Pemex lograr dos objetivos: *a)* acceder al régimen fiscal y a los beneficios que se desprenden, en cada caso, de las nuevas modalidades contractuales de utilidad compartida, producción compartida y licencia; y *b)* asociarse con otras empresas en relación con las áreas o campos migrados a los nuevos contratos. Un requisito importante que debe cumplir Pemex cuando opte por migrar y asociarse, es que dicha asociación de Pemex con un tercero sea licitada por la CNH y sujeta a los lineamientos técnicos y contractuales establecidos por Sener, así como a las condiciones fiscales establecidas por la Secretaría de Hacienda, en los términos que establezca la ley.[48] Este requisito fue un elemento *sui generis* de la Reforma mexicana, toda vez que en otras jurisdicciones las empresas del Estado deciden libremente —a través de negociaciones directamente conducidas por ellas

[43] Al respecto refiere Sergio Pozzerle: "A través del registro de reservas, una compañía crea un activo de capital en su balance financiero. Entonces emite acciones o se financia con el respaldo de este capital para obtener los recursos financieros necesarios para desarrollar esas reservas. Esta cimentación de formación de capital es en lo que se basa toda la industria global de petróleo y gas. Las compañías de petróleo y gas sólo se interesarán en entrar en contratos en México, si tienen la posibilidad de registrar reservas". Pozzerle, Sergio, *Reforma Energética en México 2013: un estudio comparativo*, Houston, Sidley Austin LLP, 2013, p. 12.

[44] Transitorio Quinto, primer párrafo, Reforma Constitucional de 2013.

[45] Artículo 27, párrafo sexto, CPEUM.

[46] Transitorio Décimo, inciso b), Reforma Constitucional de 2013.

[47] Transitorio Sexto, párrafo sexto, Reforma Constitucional de 2013.

[48] Transitorio Sexto, párrafo sexto, Reforma Constitucional de 2013.

mismas— sus asociaciones con terceros para explorar o extraer hidrocarburos. Al respecto, se ha señalado que la Reforma fue demasiado enfática en evitar situaciones que pudieran prestarse a alegatos de corrupción, lo que trajo consigo procedimientos demasiado complejos y burocráticos para, por ejemplo, permitir a Pemex llevar a cabo la migración de sus contratos.[49]

La aplicación jurídica y práctica de los nuevos tipos de contratos postulados por la Constitución y las leyes mexicanas a partir de 2013 se ha materializado en la realización de cinco licitaciones (tres de ellas concluidas, y dos en proceso de realización) de la llamada Ronda 1. Como resultado de estas licitaciones, el Estado mexicano ha comenzado a suscribir contratos de producción compartida y de licencia con un número creciente de empresas.[50] Cabe señalar que el modelo utilizado por México en sus contratos de exploración y extracción de hidrocarburos ha ido evolucionando e incorporando particularidades específicas en cada una de las tres licitaciones. Lo anterior ha sido observado positivamente por algunos especialistas internacionales.[51] De esta forma, los contratos de producción compartida suscritos en la licitación 1.1 eran más similares a los viejos contratos de servicios, mientras que los contratos de producción compartida de la licitación 1.2, y los de licencia que resultaron de la licitación 1.3 ya eran más similares a los utilizados actualmente por países más competitivos en la atracción de inversiones.

VI. La nueva organización de la industria y el mercado eléctricos

La Reforma Constitucional de 2013 sentó las bases jurídicas para el desarrollo de una nueva organización de la industria eléctrica en México, con participación pública y privada, que opera en torno a un mercado, e incorpora obligaciones de ener-

[49] Véase, por ejemplo, Shields, David, "Rondas y Pemex, ¿habrá repunte?", *Reforma* (edición electrónica), 20 de septiembre de 2016 (donde el autor señala que "la Ley de Hidrocarburos obliga a que sea el regulador quien concurse la elección de socios con base en criterios fiscales, lo cual no se apega a las prácticas comunes de la industria global").

[50] En agosto de 2016 se habían adjudicado y firmado 30 contratos derivados de las primeras tres licitaciones de la Ronda 1. Dos contratos de exploración y extracción de hidrocarburos bajo la modalidad de producción compartida adjudicados en la licitación 1.1; tres contratos de extracción de hidrocarburos bajo la modalidad de producción compartida adjudicados en la licitación 1.2; y 25 contratos de extracción de hidrocarburos bajo la modalidad de licencia adjudicados en la licitación 1.3.

[51] Véase, por ejemplo, van Meurs, Pedro, y Park, Jay J., *Report on Proposed Mexico Model Contract and Bid Conditions for First Shallow Water Bid Round*, mimeo, 15 de diciembre de 2014 (en donde los autores hacen una crítica del borrador del modelo de contrato de producción compartida utilizado en la licitación 1 de la Ronda 1). También van Meurs, Pedro, y Park, Jay J., *Report on Proposed Mexico Model Contract and Bid Conditions for First Shallow Water Bid Round. March 25, 2015 version*, mimeo, 14 de abril de 2015 (en donde los autores reconocen mejoras al modelo de contrato de producción compartida utilizado en la licitación 1 de la Ronda 1, pero siguen considerándolo poco competitivo). Véase Reyes Heroles G. G., Jesús, *Licitaciones petroleras: diez puntos a mejorar*, México, mimeo, 19 de julio de 2015 (donde el autor sugiere varias mejoras al modelo de contrato utilizado en la licitación 1 de la Ronda 1, algunas de las cuales fueron eventualmente incorporadas en el siguiente modelo de contrato).

gías limpias. Al igual que en el caso del modelo regulatorio constitucional para la exploración y extracción de hidrocarburos, el nuevo modelo constitucional aplicable a la industria eléctrica adopta instituciones de mercado, principios y características estructurales similares a las mejores prácticas internacionales.[52]

1. *Apertura a la participación privada en la industria eléctrica*

A nivel constitucional, la Reforma incorporó varias modificaciones clave para permitir la participación privada en el sector eléctrico. En primer lugar, al eliminarse la reserva estatal antes existente en los artículos 27 y 28 de la Constitución, se abrieron la generación, el suministro y, en general, la comercialización de electricidad a la libre participación privada, sujeta a lo dispuesto en las leyes.[53] En segundo lugar, la Reforma Constitucional de 2013 abrió las actividades de transmisión y distribución de energía eléctrica a la participación de terceros (privados o públicos) a través de contratos. Este punto es abordado en el artículo 27, párrafo sexto, constitucional, que prevé que en relación con el "servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, no se otorgarán concesiones, sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes". La Reforma Constitucional de 2013 desarrolla expresamente y de manera no limitativa en uno de sus transitorios las modalidades permitidas para los contratos de transmisión y distribución eléctrica. Al respecto señala que el marco jurídico deberá ajustarse para "regular las modalidades de contratación para que los particulares, por cuenta de la nación, lleven a cabo, entre otros, el financiamiento, instalación, mantenimiento, gestión, operación y ampliación de la infraestructura necesaria para prestar el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica".[54] Cabe señalar que esta fórmula jurídica —reserva estatal con liberalización vía contratos— es similar a la que la propia Constitución utilizó para permitir la participación privada en exploración y extracción de hidrocarburos. También es congruente con los esquemas y mejores prácticas internacionales para el financiamiento y desarrollo de proyectos de líneas de transmisión.[55]

Sobre la apertura a la participación privada derivada de las Reformas Constitucionales y Legales de 2013 y 2014 debe señalarse que ésta se suma a la apertura previa resultante de las reformas a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica de diciembre de 1992. Dicha apertura previa permitió la entrada de participantes privados como Productores Independientes de Energía (PIEs) contratistas de CFE,

[52] Una revisión de múltiples experiencias internacionales de mercados eléctricos puede verse en Sioshansi, Fereidoon y Pfaffenberger, Wolfgang, *Electricity Market Reform: An International Perspective*, Oxford, Elsevier, 2006. También en Joskow, Paul, "Lessons Learned from Electricity Market Liberalization", en *The Energy Journal, Special Issue. The Future of Electricity: Papers in Honor of David Newberry*, 2008, pp. 9-42. Los elementos económicos y técnicos de los mercados eléctricos se describen en Stoft, Steven, *Power Sistem Economics. Designing Markets for Electricity*, IEEE-Wiley, 2002.

[53] Artículo 27, párrafo sexto, CPEUM.

[54] Transitorio Décimo Primero, Reforma Constitucional de 2013.

[55] Woolf, Fiona, *Global Transmission Expansion. Recipes for Success*, Tulsa, Pen Well, 2003.

y bajo la modalidad de autoabasto o cogeneración. En ambos casos se trata de formas de participación privada útiles pero menos avanzadas (en términos de generar competencia y eficiencia en el sistema) que las nuevas figuras provistas por las Reformas de 2013 y 2014. Lo anterior, además de la apertura previa en el sector eléctrico, había sido sucesivamente impugnado por alegarse que no era congruente con las restricciones constitucionales antes existentes.[56] Con las Reformas, la participación privada en la industria eléctrica ganó en seguridad jurídica, pero también en la competitividad de sus formas e instrumentos jurídicos. Cabe destacar que desde su publicación, la CRE había otorgado múltiples permisos de generación, y de suministro al amparo del nuevo marco normativo.[57] En lo relativo a la participación privada en líneas de transmisión eléctrica, Sener instruyó a la Comisión Federal de Electricidad (CFE) en agosto de 2015 la realización de los primeros dos proyectos con la modalidad contractual prevista en el Transitorio Décimo Primero de la Reforma Constitucional de 2013.[58] El proceso de licitación del primer contrato para el financiamiento, instalación, mantenimiento, gestión, operación y ampliación de la infraestructura necesaria para prestar el servicio público de transmisión, inició en octubre de 2016.

2. *Creación del mercado eléctrico y restructuración de la CFE*

La Reforma Constitucional de 2013 introdujo varias modificaciones dirigidas a la creación del mercado eléctrico, así como al establecimiento de las condiciones necesarias para la operación eficiente de dicho mercado. Al respecto, la Reforma mandató la creación de un "mercado eléctrico mayorista" operado por un organismo denominado Centro Nacional de Control de Energía (Cenace), mismo que también tiene encomendados "el control operativo del sistema eléctrico nacional", y el "acceso abierto y no indebidamente discriminatorio a la red nacional de transmisión y las redes generales de distribución".[59] Asimismo, la Reforma instruyó a Sener a establecer y vigilar el cumplimiento de "los términos de estricta separación legal que se requieren para fomentar el acceso abierto y la operación eficiente del sector eléctrico".[60]

A través de los elementos antes mencionados, la Reforma Constitucional de 2013 colocó las piezas básicas de una nueva organización industrial para la compe-

---

[56] Hernández, César, *La reforma cautiva. Inversión, trabajo y empresa en el sector eléctrico mexicano*, México, CIDAC, 2007, pp. 151-178 (donde se analizan las diversas impugnaciones jurídicas que cuestionaron la constitucionalidad de la apertura eléctrica llevada a cabo en 1992).

[57] Véase en la página de Internet de la CRE: *http://www.gob.mx/cre/acciones-y-programas/actividades-permisionadas-en-materia-electricidad?idiom=es*, tanto el Micrositio de Permisos en materia de Generación de Energía Eléctrica, como los de solicitudes de permiso de suministro eléctrico, de registro de Comercializadores no Suministradores, y de registro de Usuarios Calificados y Punto de Contacto.

[58] Se trató de las líneas de transmisión en corriente directa Tehuantepec-Valle de México, y en corriente alterna submarina Playacar-Chankanaab.

[59] Transitorio Décimo Sexto, inciso b), Reforma Constitucional de 2013.

[60] Transitorio Décimo, inciso a), Reforma Constitucional de 2013.

tencia en el sector eléctrico. Los elementos se corresponden con las mejores prácticas seguidas en el derecho comparado de varios países, donde en el centro de la industria se coloca a un operador independiente del sistema como la institución encargada del despacho de las centrales eléctricas y demás funciones relacionadas con el control operativo del sistema eléctrico, así como de la operación de los diferentes elementos que integran el mercado eléctrico.[61] En el caso mexicano, el operador independiente del sistema creado por virtud de las Reformas de 2013 y 2014 fue el Cenace, mismo que comenzó a desempeñar sus responsabilidades de control operativo del sistema desde el momento mismo de su creación, así como las relativas a la atención de solicitudes de interconexión a la red eléctrica apenas unas semanas después de creado. Adicionalmente el Cenace desarrolló la planeación de la expansión de la red nacional de transmisión unos meses después de creado, en las fechas dispuestas en la legislación secundaria. Finalmente, por lo que toca a la operación del mercado eléctrico mayorista, realizó todos los ajustes a sus sistemas y comenzó a operarlo en la fecha programada de inicio de operaciones en enero de 2016.

Por lo que toca al establecimiento de los "términos de estricta separación legal" de la CFE que las Reformas Constitucionales y Legales de 2013 y 2014 encomiendan a Sener, éstos fueron expedidos por dicha Secretaría en diciembre de 2015.[62] Para el caso mexicano, resultaba importante que, siendo CFE una empresa estatal vertical y horizontalmente integrada que predomina en las diferentes actividades y regiones de la industria eléctrica, fuera sujeta a un proceso de "separación legal". En otros países que partieron de estructuras monopólicas, la separación estructural fue una medida clave para permitir el despegue de la competencia. La separación legal de la CFE establecida en 2015 ha venido implementándose a lo largo de 2016. En este proceso —entre otras cosas— se han creado seis empresas subsidiarias de generación que competirán entre sí y con otros generadores privados en el nuevo mercado eléctrico mayorista.[63]

3. *Impulso a las energías limpias*

Finalmente, la Reforma Constitucional de 2013 impulsa la "sustentabilidad",[64] y propicia que el desarrollo del nuevo sector eléctrico incorpore un mayor porcen-

[61] Sobre las características institucionales de los operadores independientes del sistemas y redes eléctricas ISOs y TSOs (denominados usualmente *independent system operators* o ISOs, o *transmission system operators* o TSOs, por su denominación técnica o acrónimo en inglés), véase Arizu, Beatriz *et al.*, *Transmission System Operators: Lessons from the Frontlines*, Washington D. C., The World Bank, 2002. También Barker, James Jr., Tenenbaum, Bernard, y Woolf, Fiona, *Governance and Regulation of Power Pools and System Operators: An International Comparison*, Washington D. C., The World Bank, 1997.

[62] Términos para la estricta separación legal de la Comisión Federal de Electricidad, emitidos por la Sener el 28 de diciembre de 2015, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de enero de 2016.

[63] Además de las seis subsidiarias de generación, se crearon una empresa subsidiaria de transmisión, una empresa subsidiaria de distribución con 16 unidades de negocios y dos empresas de suministro (una filial para suministro calificado y una subsidiaria para suministro básico).

[64] La Reforma Constitucional de 2013 incorporó en el texto del artículo 25 constitucional el término "sustentabilidad" y "sustentable". En el primer caso, agregó el término "sustentabilidad" a los

taje de generación limpia. Al respecto, la Reforma Constitucional establece que los participantes de la industria eléctrica deben sujetarse a las "obligaciones de energía limpia y reducción de emisiones contaminantes" que se establezcan en ley.[65] La obligación introducida en la Reforma de 2013 no sólo es necesaria para cumplir los compromisos internacionales de reducción de emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) y frenar el calentamiento global; también es compatible con una tendencia observable en todos los sistemas y mercados eléctricos modernos y avanzados.[66]

Las disposiciones de la Reforma Constitucional de 2013 en materia de sustentabilidad y obligaciones de energía limpia sirvieron de fundamento para el establecimiento de un sistema de portafolio obligatorio de energía limpia en la Ley de la Industria Eléctrica.[67] El sistema mexicano constituye una variante más amplia y flexible de un sistema internacionalmente conocido como "portafolio de energía renovable" (*Renewable Portfolio Standard* o RPS), mismo que es una de las mejores prácticas regulatorias utilizadas en múltiples jurisdicciones para impulsar el desarrollo de la generación renovable o limpia.[68] El sistema establecido en la Ley de la Industria Eléctrica opera con tres elementos básicos: *a)* Sener establece un porcentaje de energía limpia que todos los consumidores deben adquirir en un año determinado; *b)* los generadores de electricidad obtienen cada año del órgano regulador un número de certificados de energía limpia equivalente a la energía limpia que hayan generado y acreditado, y *c)* los generadores venden a los consumidores los certificados de energía limpia suficientes para que los segundos den cumplimiento a su obligación.[69] La implementación de las nuevas obligaciones de energía limpia contempladas en la Ley de la Industria Eléctrica ha motivado a la Sener a establecer un porcentaje

---

criterios constitucionales que deben guiar los apoyos a las empresas, los otros dos criterios constitucionales aplicables son "equidad social" y "productividad" (artículo 25, párrafo sexto, CPEUM). En el segundo caso, la Constitución prescribe que la legislación alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares "implementando una política nacional para el desarrollo industrial sustentable, que incluya variantes sectoriales…" (artículo 25, párrafo octavo, CPEUM).

65 Transitorio Décimo Séptimo, segundo párrafo, Reforma Constitucional de 2013.

66 Al respecto se ha señalado: "El mayor cambio que ha tenido lugar en los mercados eléctricos hoy día —y que probablemente lo siga siendo por varios años más— es el reconocimiento creciente de los costos ambientales de la generación eléctrica, y de manera destacada (aunque no exclusivamente) las emisiones de Gases de Efecto Invernadero". Borenstein, Severin, y Bushnell, James, *The U.S. Electricity Industry after 20 Years of Restructuring*, Berkeley, Cal., Energy Institute at Haas, 2014, p. 29 (traducción del original en inglés por el autor).

67 Ley de la Industria Eléctrica, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto de 2014.

68 Sobre mejores prácticas internacionales para el despliegue de energías limpias, véase Brown, Adam y Müller, Simon, *Deploying Renewables 2011. Best and Future Policy Practice*, París, 2011.

69 Véase, en general, los artículos 3, fracción XXII (definición de energías limpias), y 121 a 129 (relativos a las obligaciones de energías limpias) de la Ley de la Industria Eléctrica. En particular, el artículo 123 que establece los sujetos obligados al cumplimiento de las obligaciones de energías limpias, principalmente los grandes consumidores de energía, es decir los suministradores (como CFE) y los usuarios calificados que participan en el mercado eléctrico (por ejemplo, los grandes usuarios industriales). También el artículo 124 que faculta a la Secretaría de Energía a establecer "en el primer trimestre de cada año calendario… los requisitos para la adquisición de Certificados de Energías Limpias a ser cumplidos durante los tres años posteriores a la emisión de dichos requisitos". También señala que "una vez establecidos los requisitos para un año futuro, no se reducirán".

obligatorio de 5% en 2018 y 5.8% en 2019;[70] y ha llevado al Cenace a realizar dos exitosas subastas de largo plazo en las que se han comprado y vendido certificados de energía limpia.[71] Con los certificados adquiridos en estas subastas la CFE dará cumplimiento a sus obligaciones de energía limpia en 2018 y 2019.

VII. El "cuarto de máquinas" de la Constitución: autoridades y empresas del Estado

Una reforma constitucional dirigida a reestructurar un sector tan importante de la economía mexicana como el energético —llevándolo de los monopolios a los mercados— no tendría posibilidades de ser exitosa si no abordara —desde la Constitución misma— la reorganización del poder. El constitucionalista argentino Roberto Gargarella advierte que reformar la Constitución para expandir los derechos sin ajustar la organización del poder, hace que se llegue a "reformas que conspiran contra sí mismas, porque las libertades que se pretenden expandir desde el área de los derechos terminan siendo puestas en crisis, si no directamente cercenadas, desde la organización del poder, que tiende a permanecer básicamente intacta".[72] Por lo anterior, la Reforma Constitucional de 2013 tocó ampliamente aspectos de lo que algunos constitucionalistas llaman "la sala de máquinas de la Constitución", y que se refiere a la regulación de los poderes, facultades y características de las diferentes autoridades (dependencias, órganos y organismos) y empresas del Estado que participan en el sector.

En el nuevo orden constitucional energético se replantean los roles que desempeñarán las empresas públicas más emblemáticas de México, los órganos reguladores, las dependencias del Ejecutivo, y los nuevos organismos operadores del sistema eléctrico y del sistema de gasoductos. El principio que guía la reorganización de poderes y atribuciones es congruente con las mejores prácticas internacionales donde dejan de ser las empresas del Estado quienes establecen la política pública sectorial, se autorregulan, y deciden los términos de participación de sus competidores.[73] En

[70] Véase Aviso por el que se da a conocer el requisito para la adquisición de Certificados de Energías Limpias en 2018, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de marzo de 2015; y Aviso por el que se da a conocer el requisito para la adquisición de Certificados de Energías Limpias en 2019, establecido por la Secretaría de Energía, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de marzo de 2016.

[71] Al respecto véase Álves, Lilian, *Mexico's First Power Auction: Analysing Returns*, Nueva York, Bloomberg New Energy Finance, 15 de junio de 2016, (que revisa los resultados de la primera subasta mexicana). También International Energy Agency (IEA), *Next Generation Wind and Solar Power. From Cost to Value*, París, OECD/IEA, 2016, pp. 23-24 (donde se pondera favorablemente el diseño conceptual de la primera subasta mexicana de largo plazo).

[72] Gargarella, Roberto, "El constitucionalismo latinoamericano y la 'sala de máquinas' de la Constitución (1980-2010)", en *Gaceta Constitucional*, núm. 48, Lima, Perú, diciembre de 2011, p. 290.

[73] Adrián Lajous describió este traslape de funciones de operador y regulador en el caso de Pemex y previo a la Reforma de 2013: "La industria petrolera mexicana está, a la vez, sobrerregulada, mal regulada y operando en un conjunto de vacíos regulatorios, algunos de los cuales Pemex ha llenado, mezclando las tareas de operador con otras que corresponden a las autoridades. Los órganos regulado-

el nuevo orden, la política pública la establece el Ejecutivo a través de sus Secretarías (Sener y Hacienda, dependiendo del tema), la regulación económica y técnica la llevan a cabo los órganos reguladores (CNH, CRE y ASEA), y la operación de los sistemas y mercados de electricidad y gas natural corresponde a operadores (Cenace y Cenagas) que son independientes de las empresas participantes. Finalmente, en este nuevo orden las empresas productivas del Estado (CFE y Pemex) se enfocan a su misión de generar valor para sus dueños (que somos, a través del Estado, todos los mexicanos). Un elemento importante en el nuevo orden constitucional del sector energía es la coordinación entre las diversas autoridades para propiciar que política pública, regulación y operación marchen en una dirección compatible.

1. *Las dependencias del Ejecutivo: Sener y la Secretaría de Hacienda, en la Reforma*

Una de las características particulares de la Reforma es el papel destacado que en la misma juegan las dependencias del Ejecutivo y, en particular, dos de ellas, Sener y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. A contrapelo de la tendencia en cambios constitucionales de los últimos años, donde el avance de los órganos constitucionales autónomos frecuentemente jugó en desmedro de las facultades del Ejecutivo federal, en el caso de la Reforma Constitucional de 2013 las dependencias del Ejecutivo adquirieron atribuciones directamente previstas en el texto constitucional. Lo anterior es particularmente notable en relación con Sener por tratarse de una secretaría pequeña y tradicionalmente percibida como débil (sobre todo en relación con las dos empresas que debía coordinar: Pemex y CFE). Al respecto, la Reforma señala que el marco jurídico deberá modificarse para atribuir a Sener la facultad de "establecer, conducir y coordinar la política energética", así como varias de las principales facultades en materia de asignaciones y contratos de exploración y extracción de hidrocarburos; adicionalmente deberá facultarla para otorgar permisos para refinación y procesamiento de gas natural.[74] A la Secretaría de Hacienda la faculta para establecer las condiciones económicas y fiscales de las licitaciones y de los contratos de hidrocarburos.[75]

Las Reformas Legales de 2014 desarrollaron con mayor detalle las facultades otorgadas a Sener y a la Secretaría de Hacienda, incluyendo para el caso de la industria eléctrica y los hidrocarburos, la posibilidad de establecer planeación jurídi-

res responsables no tienen los recursos técnicos y financieros para llevar a cabo funciones regulatorias críticas. Esto ha dado poderes adicionales a la empresa operadora, fomentando la autorregulación". Lajous, Adrián, "The Governance of Mexico's Oil Industry", en Levy, Santiago y Walton, Michael (eds.), *No Growth without Equity? Inequality, Interests, and Competition in Mexico*, Washington, The World Bank, 2009, p. 404 (traducción del original en inglés por el autor).

[74] Transitorios Sexto, Décimo, inciso a), Décimo Quinto, y Vigésimo, fracción IV, Reforma Constitucional de 2013.

[75] Véase Transitorio Décimo, inciso d), Reforma Constitucional de 2013.

camente vinculante del desarrollo de dichos sectores.[76] Adicionalmente, en el caso de la electricidad, se otorgó a Sener por una única ocasión, la facultad regulatoria de emitir las primeras Reglas del Mercado.[77] Sener ha venido publicando los diversos instrumentos que integran dichas Reglas, trabajo que se estima estará concluido en 2017.[78] Una vez emitidas las primeras Reglas, dicha facultad regulatoria pasará a la CRE y al Cenace.[79]

2. *Los órganos reguladores coordinados*

La Reforma Constitucional de 2013 elevó al texto del artículo 28 constitucional a los dos órganos reguladores existentes de la electricidad y los hidrocarburos, a saber, la Comisión Reguladora de Energía (CRE) y la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH).[80] Conforme a la nueva redacción del párrafo octavo del artículo 28 constitucional, se les denomina "órganos reguladores coordinados" del Poder Ejecutivo. Los transitorios Décimo, Décimo Segundo y Décimo Tercero de la Reforma Constitucional de 2013 señalan claramente la senda del desarrollo legal de dichos órganos reguladores coordinados, estableciendo varias de las facultades que deben atribuírseles,[81] las reglas y elementos dirigidos a apuntalar su autonomía técnica y de gestión, las garantías de suficiencia presupuestaria,[82] así como las reglas para la

[76] Véase, por ejemplo, los artículos 13 y 14 de la Ley de la Industria Eléctrica (que otorgan a Sener la facultad de emitir la planeación indicativa de la instalación y retiro de centrales eléctricas, así como la planeación vinculante de la ampliación y modernización de la red nacional de transmisión y las redes generales de distribución); y los artículos 60 y 69 de la Ley de Hidrocarburos (que otorgan a Sener las facultades de emitir el plan quinquenal de expansión y optimización de la infraestructura de Transporte por ducto y Almacenamiento, y el plan quinquenal de expansión del Sistema de Transporte y Almacenamiento Nacional Integrado de Gas Natural).

[77] Transitorio Tercero, Ley de la Industria Eléctrica (que señala que "la Secretaría [de Energía] emitirá las primeras Reglas de Mercado. Dichas Reglas incluirán las Bases del Mercado y las Disposiciones Operativas que la Secretaría de Energía determine)".

[78] En septiembre de 2016 se habían publicado en el *Diario Oficial de la Federación* las Bases del Mercado Eléctrico (7 de septiembre de 2015), así como múltiples disposiciones operativas, incluyendo nueve manuales de prácticas de mercado (subastas de largo plazo, estados de cuenta, facturación y pagos, solución de controversias, garantía de cumplimiento, mercado de energía de corto plazo, sistema de información del mercado, registro y acreditación de participantes de mercado y asignación de derechos financieros de transmisión legados).

[79] Artículos 12, frs. VIII y IX, y 108, fr. III, de la Ley de la Industria Eléctrica.

[80] Artículo 28, párrafo octavo, CPEUM. Cabe señalar que este mismo artículo 28 constitucional regula expresamente a otros órganos reguladores, el banco central, la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

[81] Transitorio Décimo, incisos b) y c), Reforma Constitucional de 2013 (que establecen, respectivamente cada inciso, algunas de las atribuciones que el marco jurídico deberá asignar a la CNH y la CRE).

[82] Transitorio Décimo Segundo, Reforma Constitucional de 2013 (que señala algunas de las características de los órganos reguladores coordinados y establece un esquema dirigido a garantizarle suficiencia presupuestaria para cumplir con sus funciones).

designación y estabilidad en el encargo para los comisionados que integren sus órganos de gobierno.[83]

La Reforma establece un tercer órgano regulador: la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos (ASEA). Este último órgano es nuevo, a diferencia de la CRE y la CNH que existían antes de 2013. Creada en uno de los artículos transitorios de la Reforma,[84] la ASEA tiene algunas características similares a las que se otorgan a la CRE y la CNH. Como a esos dos reguladores, se le otorga "autonomía técnica y operativa", así como reglas y mecanismos que garantizan presupuesto suficiente para desempeñar sus funciones. Pero, a diferencia de ellos, la ASEA tiene el carácter de órgano desconcentrado de una dependencia del Ejecutivo (Semarnat), y carece de un órgano de gobierno cuyos integrantes tengan garantías de estabilidad en su encargo.

Un elemento que destaca es que los órganos reguladores incorporados en la Reforma Constitucional de 2013 —la CRE, la CNH y la ASEA— no embonan de manera precisa en el molde conceptual que la doctrina ha venido desarrollando en torno a la noción de los "órganos constitucionales autónomos". Ciertamente se trata de órganos a los que la Constitución se refiere por su nombre en el artículo 28, párrafo octavo, y en el Transitorio Décimo Noveno de la Reforma de 2013; en ese sentido se trata de "órganos constitucionales". Adicionalmente, el propio texto constitucional alude expresamente a su "autonomía técnica y de gestión",[85] lo cual permite calificarlos como "autónomos". Pero la autonomía constitucional de la CRE o de la CNH es muy diferente —y sujeta a mayores límites— de la autonomía que la propia Constitución le reconoce a la Comisión Federal de Competencia Económica o al Instituto Federal de Telecomunicaciones. Las diferencias más notorias se manifiestan desde el hecho de que el texto del artículo 28 de la Constitución se refiere a la CRE y a la CNH como "órganos reguladores coordinados". Es decir, en la Constitución se crea deliberada y expresamente un concepto nuevo (no existía en el ámbito jurídico mexicano antes de la Reforma) en el que se ubica a la CRE y a la CNH.

Los transitorios constitucionales hacen evidentes algunas características específicas de estos "órganos reguladores coordinados". La primera que tanto la CRE como la CNH son parte del Poder Ejecutivo, como de la administración pública federal.[86] Es decir, no constituyen su propia esfera autónoma separada de los poderes tradicionales, como sí lo hacen —por ejemplo— el Ifetel, la Cofece, el INE o el Banco de México. Al igual que en el caso de la ASEA, la autonomía asignada a la CRE y a la CNH es sólo "técnica y operativa", un tipo de autonomía que la legislación mexicana ha vinculado tradicionalmente con la otorgada a órganos reguladores

[83] Transitorio Décimo Tercero, Reforma Constitucional de 2013 (que establece que el marco jurídico deberá establecer garantías de estabilidad en el encargo de los comisionados de la CRE y la CNH, y señala un mecanismo de designación de los comisionados a propuesta del Presidente de la República y con el voto calificado del Senado).

[84] Transitorio Décimo Noveno, Reforma Constitucional de 2013.

[85] Transitorio Décimo Segundo, primer párrafo, Reforma Constitucional de 2013.

[86] Transitorio Décimo, primer párrafo, Reforma Constitucional de 2013 (que habla de "…las dependencias y órganos de la administración pública federal" y en el listado de éstos incluye a la CNH y a la CRE).

desconcentrados sujetos frecuentemente a la autoridad superior de las dependencias de la administración pública federal (que es el caso de la ASEA, aunque no el de la CRE y la CNH).[87] En el caso de la ASEA la sujeción a una dependencia jerárquica superior (Semarnat) es clara en virtud de tratarse de un órgano desconcentrado de la misma.[88] Pero en el caso de la CRE y la CNH, ambas gozan de autonomía respecto a Sener, calificada solamente por su obligación de coordinarse en el seno del Consejo de Coordinación del Sector Energético para que sus actos y resoluciones se apeguen a las políticas públicas del Ejecutivo federal.[89] Aunque la Reforma Constitucional de 2013 no califica a la ASEA como un órgano regulador coordinado, las Reformas Legales de 2014 sí prevén su obligación de coordinarse con las demás autoridades del sector y la posibilidad de participar como invitado —con voz pero sin voto— en el Consejo de Coordinación del Sector Energético.[90]

3. *Los organismos operadores*

La Reforma Constitucional de 2013 reguló en su artículo Décimo Sexto Transitorio a dos organismos operadores de sistemas y mercados. En primer lugar, el Centro Nacional de Control de Energía (Cenace), al que el artículo transitorio constitucional referido encomienda el "control operativo del sistema eléctrico nacional", la operación del "mercado eléctrico mayorista", así como asegurar el "acceso abierto y no indebidamente discriminatorio a la red nacional de transmisión y a las redes generales de distribución".[91] En segundo lugar, el Centro Nacional de Control de Gas Natural (Cenagas) "encargado de la operación del sistema nacional de ductos de transporte y almacenamiento" de gas natural.[92] En ambos casos la Reforma de 2013 señala expresamente la figura administrativa que deben asumir tanto el Cenace como el Cenagas y que es la de "organismo público descentralizado". Otra característica común es que ambos son creados a partir de recursos que antes de la Reforma de 2013 pertenecían a una empresa del Estado (en el caso del Cenagas "la infraestructura para el transporte por ducto y almacenamiento de gas natural" de Pemex; y en el caso del Cenace estructuras administrativas y recursos antes utilizados por CFE para el control operativo del sistema). Una diferencia importante entre

[87] Artículo 27 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética (que establece diversas garantías para asegurar la definitividad de las normas generales y actos de la CRE y la CNH).

[88] Artículos 24 y 27 de la Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos (que establecen, respectivamente, la facultad del titular del Ejecutivo Federal de designar y remover libremente al Director Ejecutivo de la ASEA, y la procedencia del recurso administrativo de revisión de las decisiones de la ASEA ante Semarnat).

[89] Artículos 3, segundo párrafo, 19, 20 y 21, de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética.

[90] Artículo 20, párrafos cuarto y quinto, de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética; y artículos 8 a 11 de la Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos.

[91] Transitorio Décimo Sexto, inciso b), Reforma Constitucional de 2013.

[92] Transitorio Décimo Sexto, inciso a), Reforma Constitucional de 2013.

las funciones encargadas a ambos organismos es que la Reforma de 2013 atribuye al Cenace una función sobre un área estratégica reservada exclusivamente a la nación por los artículos 27 y 28 constitucionales y que es el "control del sistema eléctrico nacional".[93] Lo anterior no es el caso del Cenagas, que opera el sistema nacional de ductos de transporte y almacenamiento de gas natural, mismo que no constituye un área estratégica reservada al Estado. No obstante esa diferencia jurídica, debe señalarse que en ambos casos los organismos controlan redes y que ese control es lo que garantiza el acceso abierto a las mismas y permite la competencia en los respectivos mercados de electricidad y gas.

4. *Las empresas productivas del Estado*

En el artículo 25, que establece el fundamento de la regulación de las empresas y organismos del Estado mexicano, se introdujo la figura de las "empresas productivas del Estado", como una manera de introducir un gobierno corporativo moderno y flexibilizar la regulación de estas entidades (sacándolas del arcaico y burocrático régimen regulatorio aplicable a la administración pública centralizada y descentralizada). Lo anterior, de una manera congruente con la transformación que las grandes empresas estatales del sector energía habían experimentado en otros países a partir de los años noventa.[94] Al respecto, el Vigésimo Transitorio de la Reforma Constitucional de 2013 desarrolló ampliamente (en sus tres párrafos y seis fracciones) los principios y reglas básicas aplicables a esta nueva categoría de empresas públicas.[95]

5. *El Fondo Mexicano del Petróleo*

Conforme a la Reforma Constitucional de 2013, el Estado contará con un fideicomiso público denominado Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo donde se depositarán los ingresos (salvo los impuestos) que el Estado derive de las asignaciones y contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos, y que los administrará y distribuirá. La Reforma Constitucional de 2013 de-

[93] Artículos 27, párrafo sexto, y 28, párrafo cuarto, CPEUM. Ambas disposiciones se refieren al "control del sistema eléctrico nacional", mientras que el inciso b) del Décimo Sexto Transitorio de la Reforma Constitucional de 2013 alude a una especie del género anterior, es decir, el "control operativo del sistema eléctrico nacional".

[94] La reinvención de las grandes empresas estatales del mundo (y en particular empresas del sector energía como *Statoil* de Noruega) en los años ochenta y noventa del siglo pasado, las llevó a ser más similares a las grandes empresas privadas, dirigidas de manera empresarial y no política, incorporando consejeros independientes, adoptando esquemas de transparencia, remuneraciones y otras prácticas mejores de gobierno corporativo similares a las de las grandes empresas privadas que cotizan en mercados de valores. Al respecto, véase Musacchio, Aldo y Lazzarini, Sergio G., *Reinventing State Capitalism: Leviathan in Business, Brazil and Beyond*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2014.

[95] Sobre el concepto mexicano de "empresa productiva del Estado" véase Cossío Barragán, José Ramón, "Naturaleza jurídica de Petróleos Mexicanos como empresa productiva del Estado", ITAM (tesis de licenciatura en derecho), México, 2015.

sarrolla la manera en que se administrarán y distribuirán los ingresos del Fondo, así como la integración y operación de su Comité Técnico.[96] Con la figura del Fondo Mexicano del Petróleo, nuestro país incorporó en la Constitución una de las mejores prácticas seguidas por los más avanzados países petroleros (por ejemplo, Noruega), que es el establecimiento de una institución que obliga a que los ingresos derivados de la renta petrolera se ahorren e inviertan de manera productiva, y que restringe su gasto discrecional.[97]

6. *La nueva "sala de máquinas" constitucional del sector energético*

El jurista Pedro Salazar, entre otros, ha criticado la autonomía constitucional otorgada a algunos órganos reguladores, misma que se otorga frecuentemente en desmedro de las facultades del Ejecutivo federal y sin que exista una adecuada coordinación entre las diversas autoridades. Al respecto señala:

> [L]a mayoría de estos órganos [constitucionales autónomos] gestionan tareas que antes realizaba el Poder Ejecutivo. Ello supone una disminución en las facultades a cargo del Presidente de la República, pero nada garantiza que ese debilitamiento del gobierno se traduzca en un fortalecimiento del Estado. No por lo menos en tanto no exista lo que la Constitución no ofrece, que es un esquema normativo de coordinación para la operación estatal. Para colmo algunos de estos órganos operan sin leyes secundarias o con legislaciones desactualizadas lo que supone una desarticulación también en el plano legislativo. Una constelación de autonomías sin sistema constitucional.[98]

La Reforma Constitucional de 2013 planteó una organización más racional y congruente con las tendencias internacionales de las diferentes autoridades y empresas. En este nuevo arreglo institucional, las funciones relativas a establecer y conducir la política pública (ya sea energética, fiscal o ambiental) se asigna a las dependencias del Ejecutivo (Sener, Secretaría de Hacienda, Semarnat); los órganos reguladores adquieren facultades reguladoras fuertes (que antes detentaban *de jure* o *de facto* las empresas del Estado), ganan autonomía pero deben coordinarse con las

---

[96] Transitorios Décimo Cuarto y Décimo Quinto, Reforma Constitucional de 2013.

[97] Ola Borten Meo describe el Fondo de Pensiones del gobierno noruego y la regla fiscal conforme a la que opera, mismos que tienen paralelos con el Fondo Mexicano del Petróleo. Véase Borten Meo, Ola, "Gestión y desafíos de una empresa de clase mundial: Statoil (Noruega)", en Gallardo, Adrián y De la Mora, Luz María (coords.), *op. cit.*, p. 161, donde el autor señala: "El Fondo es una parte integral del presupuesto fiscal anual del gobierno. Su entrada de capital se compone de todos los ingresos petroleros del gobierno. La llamada regla de gasto implica que no más del 4% de la rentabilidad del Fondo se gastará con el tiempo en el presupuesto nacional anual". Y añade: "A finales de 2012, el Fondo fue valorado en 660 mil millones de dólares... lo que corresponde a más de 130 mil dólares por cada ciudadano noruego".

[98] Salazar Ugarte, Pedro, "Constelación de autonomías", en *Hechos y derechos*, núm. 19, enero-febrero de 2014.

demás autoridades y sujetarse a las diversas directrices de la política pública establecida por el Ejecutivo; por su parte, los organismos operadores de la red eléctrica y de gasoductos se desprenden de las empresas del Estado, para ofrecer acceso abierto, no discriminatorio y piso parejo a éstas y a sus competidores; finalmente, las empresas del Estado pierden sus monopolios legales y sus facultades regulatorias, ganan autonomía y un gobierno corporativo empresarial para enfocarse a la generación de valor.

VIII. Efectividad de las Reformas Constitucionales y Legales de 2013 y 2014

Las Reformas Constitucionales y Legales de 2013 y 2014 en materia de energía tienen varias características que hacen probable que sean efectivas. La primera es su naturaleza "constitucional", y el detalle con el que aborda —en el texto constitucional mismo— varias de las instituciones y principios específicos del modelo regulatorio para electricidad e hidrocarburos. Lo anterior dota a las diferentes normas e instituciones incorporadas en la Constitución de respaldo expreso en el texto de la misma carta magna. Nótese que un factor que, en opinión de varios especialistas habría minado la efectividad de reformas energéticas previas —tanto en electricidad como en hidrocarburos— era que no habían tocado el texto constitucional.[99] Aunque resulte obvio para todos los estudiosos del derecho, es muy importante que la reforma energética de 2013 haya sido constitucional. Implica que obtuvo el respaldo de más de dos tercios de los legisladores en ambas cámaras, y de más del 50% de las legislaturas estatales, y también que revertir la reforma energética exigiría —si fuera el caso— mayorías calificadas similares. También significa que *esta* reforma energética —en la que se consignó un modelo energético abierto a la participación pública y privada, nacional y extranjera, en un entorno de competencia económica— tiene el respaldo de la más prestigiosa fuente del derecho en México: la Constitución.

Un segundo elemento que propicia la efectividad de la Reforma Constitucional de 2013 es su compatibilidad con otras normas y valores tutelados en la Constitución mexicana, incluyendo la libertad de empresa tutelada por el artículo 5o., la libre competencia y la prohibición de monopolios tutelada por el artículo 28, y con la administración eficiente, eficaz y honesta de los recursos económicos del Estado (incluyendo los del subsuelo), valor tutelado por el artículo 134 de la Constitución. La Reforma Constitucional de 2013 significó la armonización del modelo aplicado

[99] Por ello, el reporte de un grupo de especialistas convocados por el ITAM y el Wilson Center sobre el sector energético mexicano señalaba que era importante que el nuevo modelo del sector petrolero estuviera basado en una reforma constitucional ambiciosa e integral, y no sólo en modificaciones legales. Al respecto, véase varios autores, *Un nuevo comienzo para el petróleo mexicano: principios y recomendaciones para una reforma a favor del interés nacional*, México, ITAM-Woodrow Wilson International Center for Scholars, noviembre de 2012, pp. 19-20.

en el sector energético con el aplicado en el resto de la economía desde los años noventa. El régimen anterior de monopolios de Estado era una excepción discordante que generaba tensiones con varios otros principios económicos de la Constitución mexicana.

Un tercer elemento de efectividad de la Reforma Constitucional de 2013 es que las normas e instituciones que la misma incorporó, tanto en el sector hidrocarburos como en el eléctrico, representan variantes de las mejores prácticas internacionales en la materia. Los modelos contractuales para hidrocarburos incorporados en el texto constitucional —por ejemplo, los contratos de producción compartida o de licencia— son similares a los utilizados por los países más desarrollados y competitivos en materia petrolera. Para el sector eléctrico, el modelo de organización industrial basado en un operador independiente del sistema y del mercado eléctrico representa una de las mejores prácticas internacionales utilizada en países avanzados con sistemas eléctricos eficientes.

Un cuarto elemento de efectividad de la Reforma Constitucional de 2013 se deriva de su rápida implementación legislativa, regulatoria y operativa. Lo anterior fue, en parte, resultado del diseño mismo de la Reforma cuyos artículos transitorios establecieron un calendario ambicioso para la ejecución de la misma. Además, a diferencia de otras reformas constitucionales con metas de implementación igualmente ambiciosas, en el caso de la energética los plazos para la publicación de las leyes, decretos y la emisión de resoluciones administrativas se cumplieron en tiempo o muy cerca de los plazos contemplados en los transitorios constitucionales. Lo anterior hizo que el tiempo fuera un aliado de la implementación de la Reforma Constitucional de 2013 puesto que minimizó las resistencias al cambio jurídico (quienes pudieran haberse opuesto a la reforma no tuvieron tiempo de organizarse y oponerse efectivamente antes de que la misma estuviese implementada).

El quinto elemento de efectividad de la reforma energética consiste en que, al amparo de las Reformas Constitucionales y Legales de 2013 y 2014, ya se han constituido múltiples derechos, tanto de particulares como de órganos, organismos y empresas productivas del Estado, y que estos derechos son exigibles judicialmente si alguien pretendiera menoscabarlos o violarlos. A mediados de 2016, al amparo y con fundamento en las Reformas Constitucionales y Legales de 2013 y 2014, se han firmado contratos, se han otorgado asignaciones, permisos, registros, se han constituido empresas, organismos públicos descentralizados, entre otros, y se han emitido cientos de actos de autoridad. Los juzgados y tribunales mexicanos, incluyendo destacadamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se vuelven necesariamente los defensores de las Reformas Constitucionales y Legales de 2013 y 2014, así como de todos los derechos constituidos a favor de diversas personas de derecho público y privado al amparo de las mismas. La reforma energética ha generado una constelación de derechos que tienen un respaldo y una garantía jurisdiccional.

Uno de los efectos principales de la aplicación y cumplimiento de lo establecido en los artículos sustantivos y transitorios de la Reforma Constitucional de 2013, es precisamente que la norma constitucional se vuelve eficaz en la práctica. Nótese

que, antes de las Reformas Constitucionales y Legales de 2013 y 2014, había múltiples incongruencias normativas y tensiones entre lo postulado por el texto constitucional, las normas legislativas, y la práctica administrativa y privada, lo que hacía que la aplicación judicial de las normas generara incertidumbre jurídica. Por ejemplo, el texto constitucional previo —con su prohibición de "contratos" en hidrocarburos y su "monopolio legal" del servicio público de energía eléctrica—, no se veía reflejado en las leyes reglamentarias que sí permitían algunos tipos de contratos petroleros, así como la compra-venta de electricidad entre privados. En este sentido, el texto constitucional previo en materia de energía tenía un valor ideológico o simbólico que no se veía respaldado por la "realidad legislativa y administrativa", generando críticas.[100] Lo que a partir de 2013 y 2014 se afirma en la Constitución y se desarrolla en las leyes secundarias, es congruente entre sí, y congruente con lo que se ha venido aplicando en la práctica administrativa. En el sector energía, la Constitución se ha vuelto un documento normativo, cuyos enunciados son normas jurídicas que están surtiendo efectos. Es más norma aplicada y menos un fetiche ideológico desvinculado de la realidad.[101]

Hay un sexto elemento de efectividad que a la larga será el más importante, y es el económico. De manera similar al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la reforma energética tiene un gran potencial de atraer inversiones y generar crecimiento económico y empleos en el mediano plazo. A decir del abogado y economista Jesús Reyes Heroles G. G., de todas las reformas estructurales que se concretaron entre 2013 y 2014, la energética es "la de mayor impacto positivo sobre el crecimiento…, pues contribuirá directamente e indirectamente a la expansión económica y a aumentar la eficiencia".[102] En su último estudio sobre la economía mexicana, la OCDE presentó su estimación del impacto que las diversas reformas tendrían sobre el crecimiento mexicano en el siguiente lustro destacando la reforma energética como la que más contribuiría al crecimiento del PIB.[103] Como en el caso del TLCAN, los resultados económicos serán el factor que consolide o condene esta

[100] Al respecto, Daniel Márquez criticaba la situación jurídica en el sector energía al señalar: "en México es posible contar con un doble discurso: existe una Constitución que prohíbe, pero también leyes que permiten". Márquez, Daniel, *op. cit.*, p. 95.

[101] Pedro Salazar Ugarte critica "esta amalgama de desorden, confusión y absurdos" muy común en nuestra Constitución y que, en su opinión tiene el efecto pernicioso de producir "ineficacia". En esos casos, dice Salazar, [p]ara los actores políticos la Constitución es un fetiche maleable y eludible… [p]or eso,…, la moldean a capricho y la ignoran cuando pueden". Salazar Ugarte, Pedro, "Una Constitución (casi) centenaria", *Hechos y derechos* (edición electrónica), núm. 19, enero-febrero, 2014.

[102] Reyes Heroles, Jesús, "Por fin una reforma que liberó las oportunidades de México", en Gallardo, Adrián y De la Mora, Luz María (coords.), *op. cit.*, p. 336.

[103] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD), *OECD Economic Surveys. Mexico*, París, OECD, enero de 2015, p. 17 (tabla 2). Donde se estima un impacto positivo en el PIB mexicano de 0.32% para la reforma de gas y electricidad (por la vía del crecimiento de la productividad), y de 0.45% para la petrolera (por la vía de la intensificación del capital). Para dar una idea de la importancia de la reforma energética, el impacto estimado por la OCDE para la reforma de telecomunicaciones en el mismo periodo es más de diez veces menor (0.06%) que el de la energética.

reforma. Si los resultados estimados se materializan[104], la Reforma Constitucional de 2013 habrá sentado bases institucionales y normativas para que México cuente con una economía más productiva, más dinámica y más fuerte.

[104] Al igual que en el caso del TLCAN, es razonable esperar que los efectos más importantes derivados de la *Reforma Constitucional de 2013* no se produzcan en el corto plazo y que se vean afectados —tanto en lo positivo como en lo negativo— por el entorno económico general del país y del mundo.

REFLEXIÓN SOBRE EL CARÁCTER NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA VIGENTE

Carla HUERTA

SUMARIO: I. *Sobre el objeto de la reflexión*. II. *Las dos caras de la Constitución*. III. *La Constitución como tipo especial de norma jurídica*. IV. *Algunos comentarios a modo de conclusión*.

I. SOBRE EL OBJETO DE LA REFLEXIÓN

A continuación se hará una breve reflexión sobre la normatividad de la Constitución mexicana vigente, que requiere de algunas precisiones terminológicas previas, así como de una valoración de qué se entiende por Constitución hoy en día, especialmente porque con frecuencia al hablar de la Constitución, más que hacer referencia a un concepto de Constitución, si no objetivo al menos objetivado, las observaciones y propuestas que se hacen al respecto se sustentan en concepciones diversas lo que dificulta un discurso jurídico coherente.

En la actualidad se les reconoce a las Constituciones un doble carácter de documento político y de norma jurídica, su relevancia en la configuración de un Estado y un sistema jurídico es evidente. Su función, sin embargo, no es tan clara en algunos casos, pues para los que promueven constantemente reformas parece ser una declaración de intención, para otros un documento fundacional, aunque la mayoría le reconoce un papel fundamental. Esta parece ser la razón por la cual en México se procede a reformar la Constitución por cualquier motivo sin permitir que el derecho se configure o adapte mediante la práctica.

El carácter de norma jurídica se manifiesta en la previsión de medios de control de la constitucionalidad. La pregunta sobre la "normatividad" de la Constitución en este ensayo se refiere a su capacidad de vinculación, esto es, a la obligación de cumplir con los preceptos constitucionales. Parecería que si la Constitución es una norma jurídica, la pregunta sobre su obligatoriedad es superflua, pero dado el especial carácter político y jurídico de la Constitución no resulta ocioso analizar la cuestión.

Además, la normatividad de la Constitución mexicana vigente puede ser cuestionada por las múltiples reformas realizadas desde 1917, sobre todo para entender la forma en que esto afecta su eficacia y función.

Cabe aclarar que la pregunta no se plantea en términos de la filosofía moral, no es sobre la relación entre derecho y moral o el contenido moral del derecho, ni la obligación moral de obedecer el derecho o sobre la relevancia moral de las normas jurídicas o la capacidad del derecho para generar una convicción de deber. Solamente se trata de revisar, desde la perspectiva de la teoría del derecho, qué es lo que hace que una norma jurídica sea obligatoria, las preguntas a responder son las relativas a su eficacia normativa, y sobre la forma en que se manifiesta, preserva y fortalece la obligatoriedad de la Constitución como norma jurídica.

Para Kelsen el aspecto distintivo de una norma es precisamente su cualidad normativa, esto es, su carácter de "deber ser".[1] Al hablar de lo normativo se hace referencia a "lo que debe ser hecho". Así, según Bix, el aspecto normativo de un hecho o grupo de hechos radica en sus implicaciones sobre cómo deben de actuar las personas o cómo deben modificarse las normas.[2] Señala además siguiendo la pauta trazada por Hart,[3] que las normas pueden ser entendidas como "criterios para cómo debe uno actuar".[4] Como Rolando Tamayo señala, Hart rechaza la noción de obediencia habitual como sustento de la obligación de obedecer el derecho, y sustituye este concepto por el de "aceptación de la norma". Para Hart esta aceptación depende de que para el individuo la norma se convierta en razón para la acción y estándar "de crítica en caso de desvío".[5]

Como decía Recasens, las normas determinan un deber ser, es decir, prescriben una cierta conducta como debida. De modo que se refieren a la conducta humana; pero no se trata de una mera explicación de hechos reales, sino de determinar algo como debido, de calificar un comportamiento como que debe ser. Por lo que las normas jurídicas expresan lo que debe ser realizado, aunque tal vez en la realidad no se haya cumplido, ni se vaya a cumplir. En otras palabras, dice Recasens que la "norma prescribe lo que debe ser, lo cual tanto puede ser como no ser, en la realidad, puesto que depende de un arbitrio humano".[6]

Así, llama la atención a un aspecto importante del derecho en el que Kelsen hizo énfasis: la relevancia de la distinción entre el deber ser del ser. Pues si bien la observancia de la norma jurídica es un indicador de su eficacia, el incumplimiento de la norma no afecta su cualidad de norma jurídica, pues, como bien señala Recasens, "la normatividad de una regla se reafirma cabalmente en el contraste con su

---

1 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2000, pp. 18 y ss.

2 Bix, Brian H., *Diccionario de Teoría Jurídica*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2012, p. 183.

3 Hart señala que desde el punto de vista interno, las reglas (las normas) se usan "como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás", Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 122.

4 Bix, *op. cit.*, p. 181.

5 Tamayo y Salmorán, Rolando, "H. L. A. Hart y la teoría jurídica analítica (Estudio preliminar), en Hart, H. L. A., *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, México, UNAM, 2000, p. XXIV.

6 Recasens Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 2013, p. 117.

inobservancia de hecho". En palabras de Kelsen, se puede decir, por ejemplo, que el acto ilícito (el delito) es condición del derecho, no su negación.[7]

Por otra parte, cabe recordar que las normas jurídicas no son obligatorias en virtud de su naturaleza o especial estructura, sino por su pertenencia al derecho, porque han sido expedidas conforme a un procedimiento específico del cual deriva su validez. La forma lógica de la norma jurídica, la estructura ideal del enunciado normativo dependen de su pertenencia al sistema jurídico.[8] Pero la forma solamente determina su normatividad en parte, además su contenido debe ser realizable, esto se percibe claramente en diversos preceptos del Código Civil Federal,[9] por ejemplo, que siguiendo el principio general de derecho prevén que "nadie está obligado a lo imposible". Pero también prevé que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento,[10] con lo cual afirma la obligatoriedad del derecho pero hace que nos preguntemos cómo es posible mantener la normatividad de una Constitución en constante transformación, ya que esto dificulta el conocimiento de sus preceptos y coloca al obligado en una posición de inseguridad jurídica.

La Constitución mexicana desde 1857 ha sido reformada incesantemente, en términos del nuevo modelo introducido en 1917 estas reformas llevaron a su promulgación como una "nueva Constitución".[11] Los modelos previstos en ella se han adaptado en la aplicación a lo largo del tiempo, aunque esta incesante transformación hace pensar que al menos materialmente se ha producido una transición hacia un nuevo modelo que se encuentra aún en proceso de conformación por la práctica jurídica.[12]

En los siguientes apartados se abordan las siguientes preguntas. Primero, ¿qué es una Constitución?, por lo que cabe preguntar de manera más específica: ¿cuál es la función de una Constitución? Y finalmente, ¿es afectada la obligatoriedad de una Constitución cuando es reformada constantemente?

II. Las dos caras de la Constitución

El punto de partida de la reflexión sobre la normatividad de la Constitución debe ser explicar qué se entiende en el presente ensayo por Constitución. Más que propo-

[7] Kelsen, *op. cit.*, pp. 125 y ss.

[8] Sobre la estructura de la norma, véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Editora Nacional, 1981, p. 48, y Schreiber, Rupert, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, Springer Verlag, 1966, pp. 9 y ss.

[9] Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928.

[10] El artículo 21 prevé: "La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento…".

[11] Un modelo se integra por una serie de normas, principios, valores o fines que operan como unidad y sirven para la interpretación de las normas. En general, el modelo se construye a partir de ciertos intereses preponderantes en un momento histórico dado. Los modelos se identifican en la Constitución como un conjunto específico de instituciones que tienen una finalidad o intención común.

[12] Es posible que en una Constitución operen simultáneamente varios modelos que pueden ser identificados conforme a los criterios rectores de las reformas realizadas, véase "Constitución y diseño institucional", en Huerta, Carla, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, UNAM, 2009, pp. 58- 61.

ner una definición, la idea es comprender su naturaleza y función mediante la explicación de dicho concepto para lograr una mejor comprensión y lograr objetivar de alguna manera la concepción que actualmente se tiene de ella, sobre todo por lo que representa y el valor que como norma fundamental le corresponde.

Sin menospreciar su carácter político, que se hace evidente incluso en su interpretación, pues, como señala Wróblewski, una de las peculiaridades de la interpretación constitucional es su carácter político,[13] vale la pena mencionar que es fundamental su comprensión como norma jurídica, y como tal su posición en el sistema jurídico, pues solamente así se podrá comprender su función y evaluar su normatividad.

Sin lugar a dudas se puede hablar de un doble carácter de la Constitución, como documento político y como norma jurídica, son dos caras de una misma moneda, y a pesar de que ambos puntos de vista pueden contribuir a entender la normatividad de la Constitución, el enfoque principal será el jurídico. Partir de su carácter jurídico implica asumir que la función creadora de normas, incluida la jurisprudencial, se encuentra sujeta a las disposiciones constitucionales que constituyen tanto el fundamento como el límite de su validez. Por lo que, como decía Ignacio de Otto, la Constitución se identifica por su relación con la legislación, como creación normativa.[14]

La relevancia del elemento político es incuestionable y para Ferdinand Lasalle es fundamental, ya que, según él, la "esencia" de la Constitución era la suma de los factores reales de poder de un país, en su calidad de fuerza activa y eficaz que conforma las leyes e instituciones jurídicas de una sociedad. En su opinión, además del poder económico, la conciencia colectiva y la cultura general del país son factores importantes. Para él, cada una de estas fuerzas es parte de la Constitución real y efectiva que se convierte en derecho, y así se transforman en factores jurídicos.[15] La participación de los factores reales de poder es indispensable para preservar la vigencia del sistema jurídico, ya que no solamente están presentes en el otorgamiento de una Constitución, sino que operan en los Estados democráticos a través de sus representantes y plasman sus intereses mediante reformas posteriores en cada momento histórico. De no ser así la Constitución se convertiría con el tiempo en una simple "hoja de papel", como decía el propio Lasalle.[16]

Hesse[17] señalaba que la normatividad de la Constitución vigente es la de un orden histórico concreto y por lo mismo, individual y concreta, razón por la cual la Constitución ha de entenderse en términos de su objeto pretendido. Para él, "la Constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad",[18] que prevé los

---

[13] Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 111, 112.

[14] De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 15.

[15] Lasalle Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, Ediciones Coyoacán, 2009, p. 52.

[16] *Ibidem*, p. 72.

[17] Hesse, Konrad, "Concepto y cualidad de la Constitución", en *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 3, 4.

[18] *Ibidem*, p. 16.

principios rectores conforme a los cuales se debe formar la unidad política y cuya finalidad es garantizar la formación y mantenimiento de dicha unidad política.[19]

Carl Schmitt explica la Constitución en sentido positivo como la norma cuyo contenido es la determinación consciente de la concreta forma de ser de la unidad política, ya que la regulación resulta de una decisión política del pueblo que es el titular del poder constituyente.[20] En esta definición se aúnan los aspectos político y jurídico de la Constitución, y al destacar el carácter de norma jurídica y la intangibilidad de la Constitución,[21] Schmitt afirma su normatividad en la medida en que sustenta la permanencia de la Constitución. Las Constituciones que prevén reglas de inviolabilidad o cláusulas de intangibilidad tienen por objeto asegurar su permanencia y afirmar con ello su fuerza normativa.[22]

Löewenstein, en un intento de explicar el rol de la Constitución en la realidad sociopolítica, elabora una propuesta que busca la concordancia de la Constitución con la realidad del proceso del poder.[23] Con ello pretende analizar las relaciones entre la Constitución formal y la Constitución real, así en el caso del concepto de Constitución normativa, es decir como norma jurídica, sostiene que una Constitución escrita depende de su realización, de que sea "efectivamente 'vivida'", lo cual reflejaría su normatividad. Es más, considera que para que la Constitución sea real y efectiva tiene que ser "observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella".[24] En esto consiste su normatividad que se hace patente cuando "sus normas dominan el proceso político, o a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la Constitución y se somete a ellas".[25] En otras palabras, la permanencia de la Constitución es un indicador de esta relación, y el carácter normativo, esto es vinculante, de la Constitución depende de la práctica.

De lo mencionado previamente se sigue que la Constitución realiza funciones jurídicas y políticas como señalan Hamon y Tropel,[26] y a pesar de poder afirmar con ellos que la función de la Constitución es compleja, es posible concluir que su función jurídica principal es fundamentar la validez del sistema jurídico y regular así como limitar el ejercicio del poder para garantizar la libertad mediante la previsión de controles. Para afianzar su normatividad y no perder su vigencia es conveniente equilibrar la dinámica propia del derecho con la permanencia de la regulación, ya que de la estabilidad de la Constitución depende el adecuado funcionamiento de un Estado.[27]

---

[19] *Ibidem*, p. 7.

[20] Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2011, p. 58.

[21] *Ibidem*, p. 64.

[22] Sobre las cláusulas de intangibilidad o pétreas, véase Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001, pp. 141-143.

[23] Löewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ariel, 1986, p. 216.

[24] *Ibidem*, p. 217.

[25] *Ibidem*, p. 218.

[26] Hamon, Francis y Troper, Michel, *Droit Constitutionnel*, París, L.G.D.J., 2013, pp. 44, 45.

[27] *Cfr*. Huerta, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 59.

Hacer posible la participación de los factores reales de poder, de los que hablaba Lasalle, fortalece la permanencia de la Constitución cuando la reforma es indispensable para adaptarse a la realidad, pero con mesura, pues los cambios frecuentes atentan contra la seguridad jurídica. El derecho es dinámico en virtud de la naturaleza de su objeto, por lo que si es necesario se deben adecuar las disposiciones constitucionales a la realidad, aunque para preservar su normatividad es importante permitir que las normas cumplan su función de guías de conducta y equilibrar la necesidad de cambio con la permanencia de la norma.

III. La Constitución como tipo especial de norma jurídica

Según Wróblewski la discusión sobre la normatividad de la Constitución solamente es significativa si por normatividad se entiende que las disposiciones constitucionales regulan directa o indirectamente la conducta humana.[28] En consecuencia, para hablar de la normatividad de la Constitución es preciso entenderla como norma jurídica. Como tal, la Constitución es general y abstracta, y en virtud de su función es considerada como la norma fundamental, razón por la cual se le confiere un rango de norma suprema. Esta supremacía no procede exclusivamente de su carácter político como expresión originaria de la voluntad fundacional de un pueblo, sino, sobre todo, de su carácter de primera norma del sistema jurídico que regula la producción normativa.[29]

La Constitución, al regular las fuentes del derecho, fundamenta la validez de sus normas y configura el sistema jurídico, por ello su posición es la suprema, ya que las demás normas del sistema han de conformarse a ella. La supremacía de la Constitución no solamente especifica su rango en un sistema jurídico organizado jerárquicamente, sino que también refiere su normatividad en la medida en que determina su eficacia y su fuerza derogatoria.[30] La supremacía de la Constitución indica además la forma en que opera como norma jurídica, que es de manera directa. Esto implica que la autoridad competente está obligada a aplicar directamente las normas constitucionales que prevén derechos fundamentales, ya que éstos son operativos de manera inmediata, incluso sin desarrollo legislativo.

Así, la fuerza normativa de la Constitución se hace evidente como vinculación directa sobre todos los actores jurídicos, a efecto de hacer plenamente obligatoria la Constitución en virtud de su carácter de norma jurídica suprema de un sistema jurídico. De modo que esta manifestación de la fuerza normativa de la Constitución como eficacia directa confirma su cualidad de norma jurídica y fuente de fuentes

[28] Wróblewski, *op. cit.*, pp. 103, 104.

[29] Kelsen, *op. cit.*, p. 232.

[30] Como lo señala De Otto, la fuerza derogatoria de una norma depende de los criterios de organización de un sistema jurídico, en general de los principios de jerarquía y distribución de materias, *op. cit.*, pp. 88-91.

del derecho, esto se debe a que su obligatoriedad no depende de su desarrollo por otras normas del sistema.

Cabe señalar que, si bien la eficacia directa de la Constitución implica que sus disposiciones son inmediatamente operativas, este principio no es aplicable a todas las normas constitucionales. Se puede exigir respecto de los derechos fundamentales, pero en virtud del principio de legalidad no en relación con el ejercicio de algunas funciones o competencias o los procedimientos de creación y aplicación de las normas que en general requieren de desarrollo legislativo e incluso de una reglamentación específica, por ejemplo, en relación con una elección.

Así pues, si la Constitución como norma se define por su jerarquía y función, y dado que en virtud de su carácter de norma jurídica es un "deber ser", entonces su función es regular conductas de manera directiva.[31] En consecuencia, si su objeto es guiar conductas y sus disposiciones son prescriptivas, la normatividad de la Constitución solamente puede ser asegurada si sus disposiciones son exigibles, por lo que en la Constitución se han de regular los órganos y procedimientos de control de la constitucionalidad correspondientes. La normatividad de la Constitución se sustenta no solamente en su supremacía, sino en la posibilidad de controlar la conformidad del sistema jurídico a las disposiciones constitucionales, pues como Aragón dice: "Sin la justicia constitucional, la Constitución no puede existir, ya que sería una hoja en blanco que el legislador podría llenar a su capricho".[32]

> A efectos de preservar su normatividad la Constitución es la norma cuyos contenidos son más generales y abstractos, y en virtud de su rango y función es preciso que el texto constitucional sea claro y preciso. Para Kelsen la generalidad de la norma es además una expresión del Estado de derecho que así se puede identificar con el principio de seguridad jurídica.[33] Es más, el modelo jerárquico no solamente se sustenta en los valores de orden, estabilidad, seguridad y responsabilidad, sino que los garantiza.

La generalidad de las disposiciones constitucionales permite la interpretación y en esa medida, el cambio por mutación. La mutación es un proceso que fortalece la normatividad de la Constitución ya que refleja la capacidad evolutiva y de actualización del derecho a una realidad cambiante sin tener que modificar el texto constitucional, con lo que le confiere permanencia a la Constitución y reafirma su normatividad. Según Hesse, la mutación es la única forma de preservar las funciones de racionalización, estabilización y limitación del poder de la Constitución.[34] La fuerza normativa de la Constitución ha de ser afirmada con la interpretación coherente de

---

31 *Cfr*. Kelsen, *op. cit.*, pp. 18, 19, 232, 234.

32 Aragón Reyes, Manuel, "Dos problemas falsos y uno verdadero: 'neoconstitucionalismo', 'garantismo' y aplicación judicial de la Constitución", en *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria. Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo*, Carbonell *et al*. (coords.), tomo IV, vol. 1, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 103.

33 Kelsen, *op. cit.*, p. 260.

34 Hesse, "Límites de la mutación constitucional", *op. cit.*, p. 102.

sus disposiciones, así como por medio de la interpretación conforme de la ley por el órgano jurisdiccional competente.[35]

Siendo el derecho de naturaleza dinámica, la fuerza normativa de la Constitución se manifiesta de dos formas, la primera es mediante la previsión de normas que regulen su modificación, y la segunda en la forma en que es regulada, ya que la reforma de la Constitución no puede ser equiparada a la de la ley, la distinción de los dos tipos de fuentes ha de ser preservada por el constituyente, de otra manera se afectaría su supremacía formal. La supremacía formal de la Constitución significa que los procesos de modificación de la norma constitucional han de ser realizados por un órgano y procedimiento especiales de modo que se pueda diferenciar la Constitución de la ley ordinaria. En consecuencia, todas las normas constitucionales son superiores a las de las leyes e igualmente supremas.

Otra condición de la normatividad de la Constitución es su permanencia, que se puede asegurar mediante disposiciones jurídicas de rango constitucional que prevean su inviolabilidad, que establezcan medios de control de la constitucionalidad, de control de los órganos reformadores de la norma fundamental, especialmente si realizan un control previo, y mecanismos para exigir el cumplimiento de sus normas, tanto por parte de la autoridad como de los particulares. Prever un procedimiento especial para reformar la Constitución permite realizar un control de las modificaciones a la misma con el objeto de preservar su fuerza normativa.

Para Hesse la fuerza normativa de la Constitución se manifiesta "en su capacidad de operar en la realidad de la vida histórica de forma determinante y reguladora",[36] pero esto no implica que sea necesaria la constante reforma de la Constitución. Su permanencia y adaptación por vía de la práctica jurídica es el primer paso, sólo cuando la interpretación ya no es posible ha de proceder la reforma, pues que sea modificada en la menor medida posible es condición de su eficacia. La fuerza normativa de la Constitución depende de que se logre un equilibrio entre la interpretación y la mutación constitucional que resulta de la práctica jurídica y las reformas constitucionales.

Si bien la Constitución como norma ha de adecuarse a la realidad es preciso que se tome en cuenta la seguridad jurídica, pues la certeza, junto con la legalidad, son elementos indispensables del Estado de derecho y las normas que están en constante transformación no pueden ser comprendidas y quizá, ni siquiera conocidas. Hart señala que es una necesidad social de todos los sistemas jurídicos contar con normas que se apliquen con seguridad por los propios particulares.[37] El principio de legalidad solamente puede ser eficaz si es posible conocer el conjunto de normas aplicables a un caso, pues de otra manera la autoridad puede determinar según su

[35] Para la teoría del derecho constitucional, la interpretación conforme refiere la obligación de los tribunales y órganos tanto judiciales como administrativos de interpretar el derecho conforme a la Constitución. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 95.

[36] Hesse, "Concepto y cualidad de la Constitución", *op. cit.*, p. 26.

[37] Hart, *op. cit.*, p. 162.

interpretación las normas a aplicar, con lo cual no habría certeza sobre la sujeción de sus actos al derecho.

La seguridad jurídica es un valor del Estado de derecho que se manifiesta en exigencias objetivas respecto de las normas vigentes, de su formulación adecuada, así como en relación con el cumplimiento del derecho por sus destinatarios y por los órganos de aplicación. De tal forma que el derecho aplicable debe poder ser conocido y comprendido tanto por los particulares como por los operadores jurídicos para que se pueda hablar de seguridad jurídica.

IV. Algunos comentarios a modo de conclusión

El carácter normativo de la Constitución depende en cierta medida de su permanencia, sus disposiciones se expiden para regular situaciones futuras que se consideran relevantes y tienen una pretensión de vigencia indefinida, es por ello que incluso en ocasiones se prevé su inviolabilidad.

Hesse señala que la fuerza normativa de la Constitución se halla condicionada por la voluntad constante de los implicados de realizar sus contenidos.[38] Pero la Constitución es una norma y, por lo tanto, obligatoria, su acatamiento no depende de la voluntad de los sujetos normativos por eso se prevén medios de control en la Constitución y las conductas que infringen sus disposiciones pueden ser sancionadas.

La teoría supone que, en virtud de su especial naturaleza, la Constitución ha de ser considerada por los órganos de aplicación como una unidad coherente y homogénea en todo momento, pues en su calidad de norma suprema su identidad no se afecta, permanece siempre la misma a pesar de los cambios, sin embargo las reformas que se han realizado a la Constitución mexicana, no solamente por la cantidad, sino también por su relevancia, hacen dudar sobre la posibilidad de que los jueces conozcan y entiendan la Constitución plenamente. Es más, la complejidad de los artículos transitorios que han sido expedidos con diversas reformas constitucionales, la penal de 2008,[39] por ejemplo, ha dado lugar a un fenómeno peculiar que hace que "diversas Constituciones" sean simultáneamente vigentes en distintas entidades federativas dependiendo de la implementación del nuevo sistema. Nada es más lejano de la seguridad jurídica que esto, pues ha producido una gran incertidumbre sobre el derecho aplicable.

La normatividad de la Constitución no depende únicamente de su concepción como norma, éste es tan sólo uno de los diversos sentidos del término, la preocupación que lleva a la presente reflexión es sobre su obligatoriedad y su fuerza vinculante que en los últimos cien años se ha visto menoscabada no solamente por las decisiones de los legisladores que participan en los procesos de reforma, sino sobre

[38] Hesse, *op. cit.*, p. 26.

[39] Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

todo por la mala técnica legislativa, el desconocimiento del derecho y la inseguridad que esto ha provocado.

Además, los constantes cambios a la Constitución han tenido como consecuencia que el legislador siempre está rezagado respecto del desarrollo de las disposiciones constitucionales reformadas, y la omisión legislativa no es un tema de interés para los gobernantes y legisladores; a la fecha a nadie se le ha exigido responsabilidad por la falta de cumplimiento de su deber constitucional. Por estas razones es indispensable reconocer la eficacia directa de los derechos fundamentales para impedir que se conviertan en meras declaraciones. La falta de la regulación legal respectiva tiene como consecuencia la sobrecarga de los tribunales, la disparidad en las soluciones que ofrecen y la ineficiencia de la administración pública en la satisfacción de los derechos de prestación que se han incluido en la Constitución.

En cuanto a la jurisprudencia se pueden observar diversos problemas, entre los cuales destacan la rápida modificación de los criterios, la imposibilidad de generar doctrina, y quizá esta forma de adaptación del derecho mexicano mediante constantes reformas constitucionales es la razón por la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación no desarrolla derechos mediante su actividad interpretativa. Otro de los problemas está relacionado con la forma en que se realizan las reformas, me refiero a la deformación de la función de los artículos transitorios, por lo que en ocasiones los jueces resuelven en términos de Constituciones alternativas a las que se les atribuyen distintos significados, lo que hace la aplicación de la Constitución casuística y el principio de seguridad jurídica una mera ilusión.[40] Al no haber certeza sobre la norma aplicable y el significado correspondiente, parece que tampoco se puede pensar que en semejante escenario la jurisprudencia por contradicción de tesis pueda dar en todos los casos la respuesta adecuada.

En virtud de la complejidad normativa de la Constitución, la amplitud y apertura de sus disposiciones son propiedades deseables para hacer posible la pluralidad, además de su adaptación mediante interpretación. Los partidos políticos y los legisladores hacen de la Constitución, cada vez con mayor frecuencia, lo que les parece según su concepción de la misma, sin considerar los efectos que tiene cada reforma y cada desastroso artículo transitorio en el sistema jurídico y en cada uno de los afectados. Al ser una norma jurídica, la norma suprema de la cual depende la determinación de todas las normas del sistema jurídico el problema se traslada a la aplicación judicial de la Constitución como dice Aragón, porque de ello depende su eficacia[41] y su normatividad. Una Constitución que no es precisa, clara y coherente, sino oscura, confusa, reglamentaria y redundante no puede cumplir su función regulativa ni ser eficaz en detrimento de su normatividad.

[40] Esto último se hizo manifiesto con la interpretación que hicieron los jueces de las reformas de 2011 en materia de derechos humanos y control de la constitucionalidad.

[41] Aragón, *op. cit.*, p. 83.

FACULTADES CONCURRENTES Y FEDERALISMO

Javier LAYNEZ POTISEK*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Efectos y expectativas de la democratización en México*. III. *Problemas de diseño y de entendimiento de la distribución competencial*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La cláusula federal adoptada en nuestro país desde la consumación de la independencia ha tenido un papel protagónico en el constitucionalismo mexicano. Antes de la Constitución de 1917 el federalismo fue un tema de violenta disputa[1] y los criterios que orientaron su construcción fueron mucho más políticos que administrativos; lo que estaba en juego no era la creciente eficiencia de los gobiernos locales sino la estabilidad del Estado. El debate acabó por favorecer la dinámica centralista en medio de la idea federal y, paradójicamente, el respeto formal a la autonomía regional se realizó mediante el otorgamiento de poderes al centro.

Fue así que el sistema federal formado a lo largo del siglo XX, tuvo como pieza angular una presidencia de la República sumamente fuerte, con influencia directa sobre el Congreso de la Unión y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Bajo esta situación, la subordinación de los estados a los poderes federales se acentuó. El equilibrio político no dependía de los sistemas de pesos y contra pesos que establecía la Constitución, y que caracteriza el modelo de división de poderes republicano, sino de la voluntad presidencial que se ejercía.

---

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Agradezco al Lic. Víctor Manuel García Alcázar su colaboración para la elaboración de este artículo.

[1] En 1836 se adoptó una Constitución de corte centralista que abolió el esquema federal; en 1857 el federalismo volvió y, posteriormente, con la intervención napoleónica y el imperio de Maximiliano, se volvió a abolir el federalismo, el cual resurgió con la reinstauración de la República y de la Constitución de 1857 en 1867.

Los cambios sociales, políticos e institucionales que tendrían lugar a partir de 1994 instalarían un nuevo equilibrio entre los Poderes de la Unión y la expectativa de consagrar un verdadero federalismo.

Con las reformas constitucionales de diciembre de 1994 la nueva redacción del artículo 105 constitucional otorgó al máximo tribunal, la exclusividad para conocer acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, lo cual llevó al plano jurisdiccional conflictos entre niveles de gobierno que anteriormente se resolvían en el ámbito político.

Por su parte, tras las elecciones legislativas de 1997, la Cámara de Diputados quedó constituida únicamente por minorías. El partido hegemónico perdió la mayoría absoluta, el poder legislativo se robusteció y el proceso de alternancia comenzó su tránsito a un escenario democrático.

El viejo orden político, caracterizado por la gran concentración del poder en el Ejecutivo y la hegemonía de un solo partido, llegó a su fin para dar paso a la alternancia democrática. Todo lo anterior generó un escenario favorable para el resurgimiento del federalismo mexicano.

II. Efectos y expectativas de la democratización en México

La democratización de México dio como uno de sus resultados venturosos que los poderes locales y aun municipales dejaran de estar supeditados al poder central. Así el diseño federal, presente en la Constitución de 1917 e incluso antes, se empezó a convertir en una realidad hacia fines del siglo XX. Sin embargo, lejos de un federalismo cooperativo y compatible con el desarrollo de largo aliento del país y sus regiones, el proceso de alternancia democrática demostró que, por sí mismo, no resolvía el problema de combinar pluralismo político con orden y eficacia.

En el contexto vigente, México tiene un federalismo acotado, pero sus límites no están dados por la voluntad política de los gobernantes en turno; son las leyes y las instituciones vigentes las que fuerzan el predominio del centro de modo que, paradójicamente, mientras más se pide el apego al federalismo que cobija nuestra Constitución, más se refuerza la tendencia hacia el centralismo que esconden las leyes.

La mayor parte de la discusión sobre el futuro de los Estados sigue girando en torno de la distribución regional del poder, mientras el centro continúa dirigiendo los programas más importantes de la administración pública.

III. Problemas de diseño y de entendimiento de la distribución competencial

El diseño constitucional y la realidad política no siempre se han correspondido. En nuestro país el principio de competencia normativa reconoce a todas las entidades

federativas un estatuto jurídico común, permitiendo que cada una de ellas pueda desarrollar, a partir de los márgenes que marca la Constitución, un marco más o menos amplio de actuación. La Constitución mexicana recoge la cláusula federal en sus artículos 73 y 124, aunque la forma federal del Estado se establece en el artículo 40.

El artículo 73 constitucional establece las facultades explícitas del Congreso de la Unión para legislar, es decir, se delimitan las materias que son competencia de las autoridades federales. Esta delimitación no es precisa, pues la última fracción (XXX), de dicho artículo establece[2] las facultades implícitas para legislar (*implied powers*), que permiten ampliar considerablemente la esfera federal, tal como de hecho ha sucedido en el modelo original estadounidense.

Las facultades implícitas son las que el Poder Legislativo puede concederse a sí mismo o a cualquiera de los otros dos poderes federales como medio necesario para ejercer alguna de las facultades explícitas; su función va en relación directa con las facultades explícitas. Entre unas y otras siempre debe existir relación, pues las implícitas no funcionan de manera autónoma.[3]

Sin embargo, ha sido a través de las facultades implícitas que se ha ampliado el espectro de facultades federales.

Las materias sobre las que puede legislar el Congreso se encuentran en el amplio artículo 73 (treinta fracciones); sin embargo, otros artículos atribuyen facultades para legislar como: el artículo 26, en materia de planeación nacional del desarrollo; el artículo 27, en materia agraria y explotación del subsuelo; el artículo 28, en materia de monopolios, control de precios y protección al consumidor.

Tanto el artículo 73 como el 124 suponen normas atributivas de competencias pero deben complementarse con otras normas que, a pesar de no otorgar competencias de forma positiva, prohíben a la federación o a los estados regular ciertas materias, constituyéndose en algunos casos en limitaciones materiales a las facultades legislativas enunciadas en los artículos mencionados.

Por su parte, las prohibiciones a los estados pueden ser absolutas o relativas. Son prohibiciones absolutas aquellas que la Constitución prevé que los estados jamás podrán realizar y se enumeran en el artículo 117. Son relativas, aquellas en las que la actuación de las entidades federativas está subordinada a la autorización del Congreso de la Unión, consagradas en el artículo 118. En este último caso, la autorización del Congreso es condición necesaria para la existencia y parámetro de validez de las normas que, con posterioridad, dicten las entidades federativas. Lo anterior lo realiza el Congreso a través de una ley marco o ley-base, si fuera el caso, o a través de un decreto, si se tratara de una autorización de carácter singular y concreto.

Excepcionalmente, el Órgano Reformador de la Constitución determinó, en diversos preceptos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de competencias, denominado "facultades concurrentes", entre la Federación, las entidades federativas y los municipios, en ciertas materias, como son: la educativa (artículos 3o., fracción VIII y 73, fracción XXV), la de salubridad (artícu-

[2] Igual que la Constitución norteamericana (artículo 1, sección VIII, párrafo 18).

[3] Las facultades implícitas no se usan con frecuencia en México porque siempre que se ha querido hacer uso de ellas se ha acudido a la reforma constitucional.

los 4o., párrafo tercero y 73, fracción XVI), la de asentamientos humanos (artículos 27, párrafo tercero y 73, fracción XXIX-C), la de seguridad pública (artículo 73, fracción XXIII), la ambiental (artículo 73, fracción XXIX-G), la de protección civil (artículo 73, fracción XXIX-I) y la deportiva (artículo 73, fracción XXIX-J). En el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas pueden actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.[4]

A pesar de la reserva formal que hace el artículo 124 constitucional a favor de las entidades federativas hoy en día, la Constitución guarda muy pocas materias para los estados. Lo anterior se debe a que el Congreso de la Unión tiene facultades exclusivas para legislar en un desproporcionado número de materias, lo cual deja a los estados muy pocas áreas sobre las cuales pueden ejercer sus competencias legislativas.

Esta alteración de la distribución competencial genérica demuestra que la Constitución ha querido que sean los tres niveles de gobierno quienes participen en la regulación y ejecución de ciertas materias.

Es muy relevante notar que en 1995 existían en la Constitución federal cuatro materias concurrentes: educación, salud, asentamientos humanos y equilibrio ecológico. Hoy en día se puede hablar de cerca de doce leyes denominadas generales o de concurrencia y cinco de vinculación o coordinación obligatoria, como en materia de contabilidad gubernamental, archivos o seguridad pública.

La primera ley que no distribuyó competencias pero sí obligó a la coordinación fue la derivada de la reforma al sistema de seguridad pública (1995).[5] A partir de entonces, se ha experimentado un cambio fundamental en el texto constitucional y su régimen competencial que ha trastocado la integridad del sistema federal mexicano.

La ausencia de un proyecto federal capaz de armonizar las competencias, las responsabilidades y los recursos de los tres niveles de gobierno se ha convertido en un obstáculo a la gobernabilidad, un desafío al régimen político actual y, en definitiva, en un difícil pronóstico para el federalismo.

Ni la academia, ni el legislador han desarrollado una teoría constitucional clara sobre el fenómeno normativo que la expansión de facultades, competencias y reservas han provocado sobre los diferentes niveles de gobierno.

En este contexto, es pertinente señalar que la Corte no ha sido rediseñada solamente para el federalismo, sino para moderar los efectos legislativos de la pluralidad en curso y para evitar traslapes y abusos entre los poderes legislativo y ejecutivo federales. Con el tiempo, sin embargo, más de la mitad de las controversias constitu-

---

[4] Tesis jurisprudencial de ubicación y rubro: "FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES". 87982. P./J. 142/2001. Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, enero de 2002, p. 1042. Derivada de la Controversia constitucional 29/2000, Poder Ejecutivo Federal, 15 de noviembre de 2001, once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

[5] En el artículo 21 constitucional se estableció la obligación de las instituciones policiales de los tres órganos de gobierno de coordinarse entre sí, razón por la cual se creó el Sistema Nacional de Seguridad Pública.

cionales serían presentadas por los municipios (320 de 614, hasta 2005) en defensa de sus atribuciones constitucionales.

Algunos ejemplos que denotan el papel de la Corte en el federalismo actual son: la controversia constitucional 92/2010. En ella, el municipio de San Pedro Garza García reclamó del Congreso de Nuevo León, la expedición de la Ley de Emergencia Policial, argumentando violación a los artículos 21 y 73, fracción XXIII, constitucionales; la Controversia constitucional 50/2012, en la cual el municipio de Querétaro impugna el Código Urbano del Estado emitido por la facultad del ejecutivo local en materia de utilización, autorización, control y vigilancia de uso de suelo; la Acción de inconstitucionalidad 4/2015, en la cual la CNDH impugnó la Ley de Extinción de Dominio de Quintana Roo, por el destino de los bienes de esta figura; y la Acción de inconstitucionalidad 6/2015, en la que la Procuraduría General de la República controvirtió la Ley en Materia de Trata de Quintana Roo, al regular aspectos de protección y derecho de víctimas, así como la reparación del daño.

IV. Conclusiones

Si bien la transición democrática ocasionó la centralización de los esquemas federales, esto puede ser una respuesta a requerimientos que tienen que ver con que las altas exigencias de las sociedades contemporáneas requieren de un alto grado de centralización de recursos para poder ser atendidas; tal y como lo demuestran las tendencias federalistas en Estados Unidos y Alemania, en donde las competencias legislativas han ido centralizándose.

La paradoja del caso mexicano estriba en que, siendo un Estado formalmente federal, tiene probremas típicos de un sistema unitario. La excesiva centralización ha provocado problemas entre los centros de decisión y los destinatarios de la acción pública, como la saturación y sobrecarga, la pérdida de eficacia, el distanciamiento y la falta de responsabilidad.

La decepción en las expectativas de la sociedad en cuanto el desempeño y resultados de la gestión gubernamental en las entidades federativas ha ocasionado una intervención marcada de los Poderes Federales, a pesar de que ello ha sido por vía institucional (legislación, sentencias, acciones ejecutivas de gobierno).

Es indudable que en materias concurrentes o coincidentes, la Constitución ha querido que sean las autoridades de los tres niveles de gobierno las que tomen parte en su puesta en práctica; es decir, el Constituyente ha estimado que, por la trascendencia o la singularidad de determinadas materias, su regulación y ejecución no debe quedar en manos de un solo nivel gubernativo, sino que deben participar autoridades con competencias territoriales de distinto alcance.

En México se habla hoy día de la necesidad de un nuevo federalismo. Las posibilidades de cambio parecen ser obvias; se continúa con la centralización competencial, o bien comienza una nueva oleada de descentralización. En cualquier caso, el Constituyente debe tomar en cuenta un hecho: las entidades federativas son

desiguales. Con eso en mente, la redistribución de competencias o reasignación de método, tiene mejores posibilidades de éxito.

Si nuestro país desea avanzar hacia un modelo federal más fuerte, al menos debe ser claro respecto de las autonomías y competencias que los tres niveles de gobierno gozan.

V. Bibliografía

ARANDA MÁRQUEZ, Salvador, *La reforma del Estado y el derecho constitucional y administrativo mexicano*, México, Universidad Iberoamericana León, 2009.

CÁRDENAS, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *Globalización y transición del Estado nacional. Transformaciones y diseño institucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

MERINO HUERTA, Mauricio, "El federalismo: Tener presente el pasado", *Gaceta mexicana de la administración pública y estatal*, núm. 56, México, UNAM, 2000.

———, "Un federalismo sin proyecto", *Nexos*, México, noviembre, 2008.

SERNA DE LA GARZA, José María, *Introducción al análisis del sistema federal*, México, UNAM, 2008.

SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *Facultades metaconstitucionales del Poder Ejecutivo en México*, México, UNAM, 2006.

LA TRANSPARENCIA GUBERNAMENTAL

Sergio LÓPEZ AYLLÓN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El concepto de transparencia*. III. *La transparencia en la Constitución*. IV. *La transparencia como política pública*. V. *Las tensiones de la transparencia*. VI. *Retos actuales en transparencia*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de transparencia, relativamente nuevo en el lenguaje político y jurídico de México, aparece tímidamente a finales de los ochenta y rápidamente adquiere carta de naturalización dentro de la joven democracia mexicana. Hoy, el uso de este concepto es frecuente en el discurso "políticamente correcto" y ha sido incorporado en diversos artículos de la Constitución. En general, la transparencia se asocia como una condición de la "gobernanza democrática" y se le considera como un valor en sí mismo. Quizá por ello existen pocos esfuerzos por problematizarla, tanto conceptual como prácticamente, a pesar de que tanto por su historia como por sus consecuencias es un término poco claro.[1] Así, su uso frecuente e indiscriminado ha tenido un efecto paradójico, y es que su significado y alcance se han vuelto oscuros pues utilizada en contextos muy diversos no siempre es evidente a qué nos referimos cuando hablamos de "transparencia". Así, "la podemos encontrar como política pública, estrategia de negocios, dictado político, máxima de filosofía moral o hasta método de superación personal. Su utilización no respeta fronteras disciplinarias".[2]

Este ensayo busca avanzar en la conceptualización de la transparencia, en particular entendida como una política pública, y diferenciarla de otros conceptos próximos pero diferentes. Así en un primer momento revisaremos la manera

* Profesor-investigador del CIDE. El autor agradece la asistencia de investigación de Samantha Ortiz.

[1] Hood, Christopher y Held, David, *Transparency: a key to better governance*?, Nueva York, Oxford University Press, 2006, p. x.

[2] Guerrero Gutiérrez, Eduardo, *Para entender la transparencia*, México, Nostra ediciones, 2008, p. 7.

en que diferentes autores han tratado de delimitar el concepto de transparencia y propondremos una manera específica de entenderla para propósito de este trabajo. Posteriormente revisaremos cómo y en qué sentido la Constitución y otros textos jurídicos utilizan la idea de "transparencia". Adelanto desde ahora la idea que ésta no tiene un contenido jurídico preciso, a diferencia de otros términos como los de "derecho de acceso a la información" o incluso "rendición de cuentas". Después profundizaremos en la idea de la transparencia como política y analizaremos sus tensiones tanto valorativas como organizacionales. Finalmente concluiremos con algunas ideas respecto de los retos de la transparencia en el México del siglo XXI.

II. El concepto de transparencia

El concepto de transparencia es quizá una elección desafortunada para describir un valor público (la publicidad), una política pública relacionada con el manejo de la información o ciertas características de las organizaciones gubernamentales, privadas o sociales. Veamos por qué.

La transparencia es, según la Real Academia Española, la cualidad de transparente. Y es transparente un cuerpo "que permite ver los objetos con nitidez a través de él", "translúcido". Transparente significa "que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse" o bien "claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad".

Desde esta perspectiva, la "transparencia", como cualidad de un cuerpo, carece de sentido cuando es aplicada a una persona, pues por definición ésta no es translúcida. Menos aún resulta aplicable literalmente cuando se utiliza para describir una condición de las organizaciones, los gobiernos o incluso a los países. A pesar de lo anterior, la idea de transparencia es cada vez más utilizada para describir asuntos, personas y organizaciones y demandar de éstas cualidades o comportamientos de apertura, claridad, honestidad e información. Siguiendo esta línea,[3] identifica tres usos comunes de la transparencia: como cualidad de un objeto (translúcido); como atributo de un sujeto (franco, abierto, que no oculta nada); y como atributo de un ente colectivo, empresa o asociación civil (cuando éste hace pública o disponible información sobre su funcionamiento, procedimientos internos, administración de recursos, criterios de decisión, actividades, desempeño, gasto).

El tercer sentido que identifica Guerrero es el que nos ocupa cuando hablamos de *transparencia gubernamental*. Es importante resaltar, sin embargo, que no son las organizaciones o sus acciones las que son propiamente transparentes, si no que la transparencia se refiere específicamente a la información que se desprende de sus prácticas y modelos de organización. Es decir, la transparencia es una cualidad aplicable a los flujos de información que constituyen las herramientas a través de las cuales identificamos, conocemos, entendemos y evaluamos la acción guberna-

[3] *Ibidem*, pp. 11-12.

mental, tanto de individuos como de grupos y organizaciones. La transparencia, entonces, adquiere sentido cuando se refiere a la disponibilidad y conocimiento público de información: "una empresa, una organización o un gobierno es *transparente* cuando mantiene un flujo de información accesible, oportuna, completa, relevante y verificable".[4] *A contrario sensu* un gobierno es "opaco" cuando la información que sustenta, documenta o explica las acciones, procesos y decisiones de los actores gubernamentales es inexistente, incompleta, no verificable, poco oportuna, irrelevante, ininteligible o simplemente secreta. En este sentido, existe numerosa evidencia de las dificultades que enfrenta la transparencia de flujos de información y los desafíos que enfrentan las organizaciones gubernamentales en la era de las nuevas tecnologías de la información.[5]

Con el propósito de clarificar aún más el concepto que nos ocupa, es relevante discutir ¿cómo surge la transparencia en el ámbito gubernamental? Y ¿cuál es su relación con otros conceptos como la rendición de cuentas y el acceso a la información?

Christopher Hood (2006) identifica tres corrientes de pensamiento, previas al siglo XX, que explican en cierta medida la concepción moderna de transparencia: la administración pública normada; la comunicación social abierta y espontánea, y las formas de dar a conocer asuntos sociales y organizacionales. La primera corriente tiene que ver con la noción de que el gobierno debe operar de forma clara y predecible, apoyándose en normas y procesos escritos y de conocimiento público.[6] La segunda corriente se refiere al valor o sentido de ética pública que debe acompañar las acciones sociales y las actividades de gobierno; esta ética condena la opacidad en el ejercicio gubernamental y valora la apertura como incentivo al buen comportamiento de los actores públicos.[7] Finalmente, una tercera corriente se conforma por la observación y el control de asuntos sociales, es decir, ante la complejidad de los fenómenos sociales y la acción colectiva, se persigue su estudio, esclarecimiento, explicación, estructuración, observación y vigilancia constantes.[8] Así, la transparencia se sitúa en un ámbito en el que se combinan objetivos de reducir la incertidumbre en el ejercicio gubernamental, cuidar y orientar el comportamiento de los servidores públicos y vigilar y controlar los asuntos sociales.

Con un enfoque similar al de Hood, otros autores han identificado en la historia del pensamiento político una línea que articula contenidos que hoy se atribuyen el concepto de transparencia. Es decir, "puede decirse que la transparencia es una idea que está presente en casi todos los grandes sistemas de elaboración política, y ya en

---

[4] Cejudo, Guillermo *et al.*, *La política de transparencia en México: instituciones, logros y desafíos*, México, CIDE, 2012.

[5] Roberts, Alasdair, *Blacked out. Government Secrecy in the Information Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

[6] Hood, Christopher y Held, David, *Transparency: a Key to Better Governance?*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, pp. 5-10.

[7] *Idem*.

[8] *Idem*.

el siglo XVI, se convirtió en una de las piezas —absolutamente clave— de la gran corriente liberal…".[9]

En particular, es la idea de "publicidad", entendida como la cualidad de lo que es o puede hacerse público, la que es posible asociar al concepto de transparencia.[10] Fue Emmanuel Kant quien hizo el desarrollo más completo de la idea conocida como el principio normativo de publicidad.[11] Refiriéndose al argumento de Kant, Norberto Bobbio ha dicho: "De esta manera de plantear el problema deriva que la obligación de publicidad de los actos gubernamentales es importante no sólo como se dice, para permitir al ciudadano conocer las acciones de quien detenta el poder y en consecuencia de controlarlas, sino también porque la publicidad es en sí misma una forma de control, es un expediente que permite distinguir lo que es lícito de lo que es ilícito".[12] Dicho de otro modo, la publicidad de los asuntos públicos es una condición de justicia (en el sentido de Kant) y por ello los actos o leyes que no soportan la publicidad deben ser considerados injustos.

Desde otra perspectiva Jeremy Bentham, el filósofo utilitarista inglés, desarrolla uno de los argumentos más poderosos sobre la publicidad de los gobiernos y proporciona por primera vez una lista de sus beneficios.[13] Así, en su *Ensayo sobre las tácticas políticas*, publicado en 1791, expone cuatro argumentos principales. El primero es "contener a los miembros de las asambleas dentro de su obligación", es decir, cuanto mayor es la capacidad de los ciudadanos de conocer las acciones de los funcionarios menor es la probabilidad que éstos cometan desvíos (tentaciones). En segundo lugar "asegurar la confianza del pueblo y consentimiento suyo en las resoluciones legislativas". Este es uno de los argumentos más poderosos a favor de la publicidad de las decisiones y acciones de gobierno ya que las aleja de la desconfianza y le otorga fuerza y legitimidad. El tercer beneficio es "proporcionar a los electores la facultad de obrar con conocimiento de causa". Aquí se encuentra germinalmente la idea de rendición de cuentas pues la publicidad gubernamental permite que los ciudadanos conozcan el desempeño de sus gobernantes y puedan obrar en consecuencia. Finalmente, Bentham expone que la publicidad proporciona a la asamblea la facultad de "aprovecharse de las luces del público". La publicidad no es sólo un control para los servidores públicos sino también un recurso para ellos pues crea la posibilidad que los ciudadanos expresen opiniones y recomendaciones que permitan mejorar las leyes y las decisiones.[14]

---

[9] Rodríguez Zepeda, Jesús, *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, Cuadernos de Transparencia 4, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004, p. 5.

[10] *Ibidem*, pp. 32-38 y ss.

[11] Kant enuncia este principio de la siguiente manera: "Las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas si su máxima no admite reconocimiento general".

[12] Rodríguez Zepeda, Jesús, *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, Cuadernos de Transparencia 4, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004, p. 36.

[13] Aguilar Rivera, José Antonio, *Transparencia y democracia: claves para un concierto*, Cuadernos de Transparencia 10, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2006, pp. 15-16.

[14] *Idem*. Guerrero Gutiérrez, Eduardo, *Para entender: la transparencia*, pp. 18-19.

Como puede observarse, ni en las ideas de Kant, ni en las de Bentham y el resto de sus contemporáneos se utiliza el concepto de "transparencia". Es hasta hoy que vinculamos esta idea con esos desarrollos del pensamiento político liberal. En realidad la idea de transparencia es relativamente reciente y aparece en el ámbito económico más que en el político. En efecto, desde finales de los setenta los economistas desarrollaron una extensa literatura sobre los beneficios de la transparencia utilizando principalmente la teoría del agente-principal.[15] Esas ideas permearon el pensamiento económico en el momento de la globalización de los mercados, lo que originó la necesidad de contar con más y mejor información sobre su funcionamiento, así como el de las empresas y las economías nacionales. De ahí que los más importantes promotores de la "transparencia" fueron en principio actores como la OCDE y el Banco Mundial.

Fue más tarde, en particular con la caída del muro de Berlín y el advenimiento de las nuevas democracias en Europa del Este y América Latina, que el concepto comienza a ser utilizado como parte de las nuevas condiciones de la gobernanza democrática.[16] El concepto se generaliza a finales de los noventa y principios de 2000, en particular a través de las leyes de acceso a la información, acompañada de la creciente demanda por mejores mecanismos de rendición de cuentas. De acuerdo con John Ackerman e Irma Sandoval, uno de los principales objetivos en las leyes de acceso a la información en el mundo era el de transparentar la administración pública, mejorando el control democrático, la rendición de cuentas, la libertad de expresión y la participación ciudadana.[17] Así, la transparencia adquirió peso no sólo como una meta en sí misma sino como un instrumento o prerrequisito para la democratización y la mejora del gobierno.

En el caso de México la llegada del concepto de "transparencia" sigue un camino peculiar. El concepto aparece originalmente en el ámbito electoral en la década de los ochenta. Se exigían "elecciones transparentes" y el ícono de la transparencia en esa época fue la urna translúcida que permitía ver lo que sucedía en ella.[18] El concepto entonces se enfocaba al ámbito procedimental electoral menos que a las decisiones y condiciones de operación del gobierno.

Fue con la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte que por primera vez la idea alcanza un aliento distinto. En efecto, el capítulo XVIII de

---

[15] Prat, Andrea, "The More Closely We Are Watched, the Better We Behave?", en Hood, Cristopher y Heald, David (eds.), *Transparency. The Key to Better Governance?*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 91-103; Stiglitz, Joseph E. *et al.*, "Information and Economic Efficiency", *National Bureau of Economic Research Working Paper 4533*, 1992.

[16] Stiglitz, Joseph E., *On Liberty, the Right to Know and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life*, Oxford, U.K., Oxford Amnesty Lecture, 2003.

[17] Ackerman, John M. (coord.), *Más allá del acceso a la información: transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, Siglo XXI, 2008, pp. 13-15.

[18] En otros trabajos hemos sostenido que la introducción del llamado "derecho a la información" en la Constitución mexicana se dio justamente en el marco de la primera reforma política en 1977 (López Ayllón, Sergio, "El trayecto de la reforma constitucional: del derecho incierto al derecho a parte entera", en Peschard, Jacqueline (coord.), *Hacia el Sistema Nacional de Transparencia*, México, UNAM, 2016, pp. 3-32).

ese instrumento denominado "Publicación, notificación y administración de leyes" contenía las que se denominaron genéricamente obligaciones de transparencia que incluían, entre otras, las obligaciones de publicar las leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas relacionadas con el tratado, así como en la medida de lo posible la publicación previa de leyes y otras disposiciones administrativas y la oportunidad de hacer comentarios precisos sobre ellas. Aun esta idea, que hoy parece innocua, generó en aquellos momentos fuerte resistencia.

Poco a poco la idea de hacer públicos los indicadores económicos y la estadística gubernamental fue ganando terreno. En otro ámbito, también ligado al desempeño económico, reformas a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de finales de 2000 introdujeron una serie de disciplinas en materia de mejora regulatoria que incluían aspectos de "transparencia", tales como la publicación previa de disposiciones regulatorias y la generación de un registro público de trámites y servicios. Sin embargo, la idea de transparencia era aún limitada.

No fue sino hasta principios del siglo XXI, con la aprobación en 2002 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que el concepto de transparencia se introdujo en el sistema jurídico mexicano. En particular esa ley propuso como uno de sus objetivos "transparentar la gestión pública mediante la información que generan los sujetos obligados" y diseñó un conjunto de información que las dependencias y entidades de la administración pública federal debían poner en Internet. Esta práctica, conocida como "obligaciones de transparencia", constituye el mejor ejemplo de una serie de acciones orientadas a establecer, en las entidades y dependencias gubernamentales, prácticas y procesos propios de la transparencia como parte de sus rutinas organizacionales.[19] Es a partir de ese momento que la idea de "transparencia" se generaliza en el entorno político y administrativo y que se despliegan diversas estrategias e instrumentos para implementarla en los tres niveles de gobierno con resultados diversos.[20]

Antes de concluir esta sección conviene precisar la diferencia que existe entre transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas, tres conceptos distintos pero interrelacionados. El acceso a la información se construye como un derecho fundamental que implica la potestad de cualquier persona de requerir información (documentos) al Estado y la obligación correlativa de éste de entregarla, en los plazos y términos que establece la ley. Como derecho fundamental constituye un derecho subjetivo accionable en cualquier momento respecto de cualquier documento que contenga información gubernamental.[21]

La transparencia gubernamental se constituye como la política orientada a dar carácter público a la información gubernamental a través de un flujo de información accesible, oportuna, completa, relevante y verificable.

---

[19] López Ayllón, Sergio, "La creación de la Ley de Acceso a la Información en México: una perspectiva desde el Ejecutivo Federal", en Concha, Hugo A. *et al.*, *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 1-38.

[20] Cejudo, Guillermo *et al.*, *La política de transparencia en México: instituciones, logros y desafíos*, *op. cit.*

[21] Carbonell, Miguel, *El régimen constitucional de la transparencia*, México, UNAM, 2008.

Dicho de otro modo, mientras que la transparencia se construye por un conjunto de prácticas y procesos organizacionales para asegurar un flujo constante de información con ciertas características, el acceso a la información tiene que ver con la capacidad de los ciudadanos para solicitar y recibir información pública por parte de las organizaciones gubernamentales. Ambos elementos son necesarios para dar contenido sustantivo al principio de publicidad de la información gubernamental, sin embargo, los actores y el alcance de cada uno de ellos es distinto. Mientras el acceso a la información es un derecho accionable por los ciudadanos frente al sujeto pasivo que es la administración respecto de cierta información específica, la transparencia es una política en donde el actor es el gobierno, los destinatarios los ciudadanos (genérica o específicamente los usuarios o beneficiarios de las acciones, programas y decisiones gubernamentales) respecto de la información que genera la propia actividad gubernamental.

Un tercer concepto, de alcance distinto, es el de rendición de cuentas. De acuerdo con Andreas Schedler, la rendición de cuentas supone tres componentes: la información, la justificación y la sanción. "Tres maneras diferentes para prevenir y corregir abusos de poder: que obligan al poder a abrirse a la inspección pública; lo fuerza a explicar y justificar sus actos; lo supedita a la amenaza de la sanción".[22] La transparencia, pero también el derecho de acceso a la información, conciernen a los dos primeros elementos y constituyen una condición necesaria, pero no suficiente, para la rendición de cuentas.

Desde otra perspectiva, más cercana al derecho, podemos entender a la rendición de cuentas como un proceso transitivo y subsidiario, que puede expresarse como "una relación entre dos actores (A y B), en la que A está formalmente obligado a *informar, explicar y justificar* su conducta a B (con respecto a algún asunto determinado, M). En esta relación, B tiene la facultad de examinar la conducta de A (con respecto a M) y cuenta con instrumentos para vigilarlo e incidir en su comportamiento —vía sanciones o incentivos—".[23]

A partir de esta definición, Merino y López Ayllón derivan que las obligaciones de A y de las facultades de B, implican necesariamente una relación jurídica explícita (que se traduce en facultades y obligaciones precisas), así como en procedimientos establecidos para darle forma y cauce. Por lo demás, señalan que "la rendición de cuentas no se agota en una relación única entre A y B, sino que en realidad supone múltiples A's y B's. En este sentido, podemos hablar de un "sistema de rendición de cuentas" integrado por el conjunto de relaciones entre A's y B's, soportado en un entramado institucional y legal en el que cada actor del sistema le rinde cuentas a otro(s) actor(es). Pero el modelo también supone un sustrato democrático comprometido con un tercer actor, al que podríamos llamar C, cuya existencia le da sentido público a la relación entre A y B. Así pues, la relación transitiva entre A y B, sobre un

[22] Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, Cuadernos de Transparencia 2, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004, p. 13.

[23] Ríos Cázares, Alejandra y Cejudo, Guillermo, "La rendición de cuentas en los gobiernos estatales", en Merino, Mauricio *et al.*, *La estructura de la rendición de cuentas en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 118.

objeto M sobre el que se rinden cuentas y que sintetiza la responsabilidad asumida, adquiere todo su sentido cuando se añade el espacio público y democrático en el que sucede esa relación".[24]

En este modelo, la información es un elemento central de la rendición de cuentas, pero no la agota. Sin información pública (es decir, sin transparencia) no puede darse la acción de B (examinar la conducta de A respecto de M). La información "informa" (valga la redundancia) a la rendición de cuentas, que se completa con las sanciones o incentivos sobre los agentes que rinden cuentas, pero ésta no equivale al derecho de acceso a la información ni a la transparencia. Se trata de conceptos que están interrelacionados y se refuerzan recíprocamente, pero no significan lo mismo.

Una vez delimitado el concepto de transparencia, veremos ahora cómo se ha incorporado a la Constitución mexicana.

III. La transparencia en la Constitución

El concepto de "transparencia" fue incorporado recientemente a la Constitución mediante diversas reformas, todas posteriores a 2000. Probablemente por la razón anterior, su significado es variable pues el término es utilizado en diferentes contextos y para diversos propósitos: como principio, atributo o característica de la acción gubernamental, de los organismos públicos, de los procedimientos o incluso como campo de acción. Por lo demás, el concepto es en ocasiones explícito, mientras que en otras, quizá las más importantes, es implícito. Resulta obvio que el término carece de una sistemática constitucional, y que su significado jurídico es por lo menos vago e impreciso. A continuación haremos un breve recuento de las diferentes maneras en que el concepto ha sido utilizado en el texto constitucional.

1. *La transparencia como atributo de la acción pública*

La idea de "transparencia" se incorporó implícitamente a la Constitución con las reformas al artículo 6 en julio de 2007 y fue reforzada mediante las reformas al mismo artículo en febrero de 2014. Así, el texto constitucional establece que toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal o municipal es pública y sólo puede ser reservada temporalmente por razones de interés público o seguridad nacional.

Este enunciado constitucional, conocido como el principio de publicidad, implicó un cambio radical en la concepción política de la información en México. En

[24] Merino, Mauricio y López Ayllón, Sergio, "La rendición de cuentas en México: perspectivas y retos", en Merino, Mauricio *et al.*, *La estructura de la rendición de cuentas en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 6.

efecto, la formación y consolidación del aparato estatal en México durante el siglo XX supuso la prevalencia de la concepción del secreto administrativo,[25] y con éste el manejo discrecional de la información. La Constitución, al establecer este nuevo principio, modificó radicalmente esa concepción y estableció que toda la información debe considerarse como un bien público. Al hacerlo, introdujo implícitamente la concepción moderna de "transparencia" basada en la máxima kantiana según la cual todo aquello que no puede decirse en público es injusto por naturaleza (aun cuando pueda ser explicable) y, por serlo, su ocultamiento solamente puede aceptarse bajo un principio superior debidamente establecido como tal en las leyes. La utilidad del principio, que se encuentra plasmado en la exposición de motivos de la reforma y en los dictámenes, encuentra también ecos de las ideas de Bentham que expusimos previamente en este ensayo.

Ahora bien, la modificación institucional y cultural que supuso el principio de publicidad implicaba vencer fuertes resistencias. Por ello, la Constitución estableció una regla de interpretación según la cual en la interpretación del derecho de acceso a la información debe prevalecer el "principio de máxima publicidad". Aunque técnicamente esta regla puede parecer redundante, tiene un valor político claro en tanto orienta con claridad la nueva lógica que debe imperar en el manejo de la información.

El principio de máxima publicidad tiene tres implicaciones concretas. La primera es que obliga a una interpretación restrictiva de las excepciones en los ámbitos legislativo, administrativo y judicial, es decir, que la construcción y la interpretación de aquéllas debe hacerse de forma restrictiva. La segunda es que toda decisión negativa debe ser motivada y corresponde al Estado la carga de probar que la información no puede ser revelada por afectar un interés jurídicamente protegido en una Ley (formal y material). La tercera, que en caso de duda razonable sobre la reserva o confidencialidad de un documento, deberá privilegiarse su divulgación o, en su defecto, generarse una versión pública.

El propio artículo 6o. constitucional contiene los principios y bases que rigen el derecho de acceso a la información y de manera indirecta se refieren a la transpa-

[25] Al respecto Fernández Ramos ha escrito: "el secreto administrativo cumple con una clara función de separación de la administración en relación con la sociedad… El dominio de la regla del secreto administrativo es tan consustancial al sistema que no pareció necesario imponerlo en una norma general: sencillamente se sustenta en la ausencia de una regla de comportamiento general y objetiva, así como en el impreciso deber estatutario de discreción de los empleados públicos. Ahora bien, la ausencia de una interdicción general a la Administración a comunicar a los ciudadanos los documentos que estén en su poder… determina que más que de un principio general de secreto deba hablarse de una discrecionalidad amplísima para admitir o denegar —en cada caso— el acceso a la documentación administrativa. El resultado natural de esta discrecionalidad es, por un lado, el de una administración "pudorosa", que aparece formalmente como celosa guardiana de las informaciones relativas a su organización y a su actividad… pero es también, al mismo tiempo y no en menor medida, una administración "confidente" para con los grupos con conexiones internas en el aparato administrativo". Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

rencia, en particular respecto de la obligación constitucional de poner información pública a través de medios electrónicos y de documentar la acción pública.[26]

De manera más amplia, el principio de publicidad de la información tiene un aliento mucho más amplio pues supone maximizar el uso social de la información dentro de las organizaciones gubernamentales, y esto supone un conjunto de acciones deliberadas —es decir una política pública— orientada a este propósito, es decir, a darle sentido, orden y utilidad a la información que maneja el gobierno. A esto es lo que se denomina una política de transparencia. Sobre esta cuestión abundaremos en la siguiente sección de este ensayo.

Congruente con el principio de publicidad, el artículo 73 XIX-S de la Constitución facultó al Congreso federal para expedir las leyes generales reglamentarias que desarrollen los principios y bases en materia de transparencia gubernamental, acceso a la información y protección de datos personales en posesión de las autoridades, entidades, órganos y organismos gubernamentales de todos los niveles de gobierno. A diferencia del artículo 6o., este artículo incluye explícitamente el concepto de "transparencia gubernamental" y contiene la base constitucional para el desarrollo legislativo de esta materia, que se desplegó en diversas disposiciones de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Por su parte, y aunque originado en una reforma diferente en 2008, el artículo 134 de la Constitución señala que "los recursos económicos de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados". En esta disposición la transparencia, es decir, la disponibilidad de información pública, es una característica que debe acompañar el uso de los recursos públicos y constituye un mandato específico en esta materia, que está plasmado en diversas disposiciones legales, en particular la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

2. *La transparencia como un principio de acción de algunos organismos públicos*

Diversas reformas constitucionales aprobadas durante el sexenio del presidente Peña Nieto (las llamadas reformas estructurales) crearon nuevos organismos con autonomía constitucional. Para algunos de ellos, específicamente el INEE, el INAI, el INEGI, la Cofece, el Ifetel y las empresas productivas del Estado, la Constitución establece que la transparencia debe ser un principio rector de su acción. Resulta difícil precisar cuál es el alcance específico de este principio, en particular porque concurre con otros principios generales. Por otro lado, en tanto el principio de publicidad

[26] Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias*, México, IFAI-UNAM, 2008; Peschard, Jacqueline (coord.), *Hacia el Sistema Nacional de Transparencia*, México, UNAM, 2016.

aplica a todas las autoridades, podría parecer redundante o, en todo caso, un énfasis que el Constituyente quiso dar a la acción de esos organismos.

Así, el artículo 3o. constitucional señala que el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación debe apegar su acción a varios principios, entre ellos los de independencia, transparencia y objetividad. Por su parte, el artículo 6o. precisa que el organismo garante federal en materia de acceso a la información y protección de datos personales (el INAI) debe regir su actuación por un conjunto de principios, entre ellos los de transparencia, certeza, independencia, imparcialidad y objetividad. Estos principios serían también aplicables a los órganos garantes estatales.

El artículo 25 de la Constitución ordena que en las actividades y régimen de organización de las empresas productivas del Estado, la ley debe garantizar su eficacia, eficiencia, productividad, transparencia y rendición de cuentas, entre otros. A su vez, el artículo 26, sección B, mandata que la ley que establezca las bases de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica debe hacerlo con base en los principios de accesibilidad a la información, transparencia, objetividad e independencia. Finalmente el artículo 28, fracción VI, de la Constitución establece que los órganos de gobierno de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones deben cumplir con los principios de transparencia y acceso a la información, en tanto que la fracción IX del mismo artículo establece que las leyes promoverán para estos órganos la transparencia gubernamental bajo principios de gobierno digital y datos abiertos.

3. *Transparencia como atributo de los procedimientos*

Otros artículos constitucionales, todos objeto de reformas recientes, se refieren a la transparencia como un atributo específico a ciertos procedimientos, tanto sustantivos como propios a la designación de ciertos funcionarios. Resulta interesante observar el uso específico de la "transparencia" únicamente en ciertos procedimientos, que sólo es explicable por un uso absolutamente aleatorio del concepto de transparencia.

Así, el artículo 28 señala que las concesiones del espectro radioeléctrico para uso público y social y sin fines de lucro se otorgarán bajo el mecanismo de asignación directa conforme a lo previsto por la ley y en condiciones que garanticen la transparencia del procedimiento.

El mismo artículo prevé que para la designación de los comisionados de las comisiones de competencia y telecomunicaciones el comité creado para seleccionarlos emitirá una convocatoria pública y el procedimiento deberá observar los principios de transparencia, publicidad y máxima concurrencia. Por su parte, el artículo 122-A-VIII establece que la ley deberá garantizar la transparencia en el proceso de nombramiento de los magistrados del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México.

4. *Transparencia como campo de acción*

El uso más reciente de la idea de "transparencia" en la Constitución se dio en el contexto de las recientes reformas en materia de anticorrupción de 2015. En esa ocasión, la transparencia no se constituye como un atributo de un organismo o un procedimiento, sino como un campo de acción. En efecto, el artículo 113, fracción II, establece que el Comité de Participación Ciudadana del Sistema Nacional Anticorrupción deberá integrarse por cinco ciudadanos que se hayan destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción.

Luego de este breve recorrido por el texto constitucional, es fácil advertir que el concepto de transparencia se utiliza en diferentes contextos sin un significado jurídico preciso. Ello nos obliga a considerar, desde la Constitución, que esta idea constituye más una política pública que un valor propio de la acción gubernamental. Esta cuestión será desarrollada en el siguiente apartado.

IV. La transparencia como política pública

Las ideas expuestas previamente nos permiten argumentar que las acciones y procesos que atribuimos a la transparencia son en realidad —o deberían ser— una política pública. Es decir, si partimos de definir a la transparencia como un atributo que concierne concretamente a los flujos de información (entre miembros de una organización o entre la organización y su entorno) entonces la transparencia adquiere el sentido de una serie de principios, normas, criterios, acciones, prácticas, procesos, estructuras e instrumentos necesarios para gestionar y transformar estos flujos —subproductos de la acción organizada— en información pública. Siguiendo las ideas expuestas por Merino, la política de transparencia "se refiere a las decisiones y los procesos asumidos por los poderes, las dependencias y los órganos públicos del Estado para darle contenido sustantivo a los principios democráticos de responsabilidad, publicidad e inclusión dentro de su propia organización".[27] Transparentar no implica exclusivamente un esfuerzo de apertura (o de eliminar "aquello que no deja ver") sino que considera transformar la información generada a través de prácticas organizacionales en información pública y le otorga valor y utilidad social.

Existen dos asuntos que conviene destacar cuando pensamos en la transparencia como una política pública: su distinción del derecho de acceso a la información y los elementos mínimos necesarios para su operación. En efecto, el derecho de acceso a la información se construye como un derecho subjetivo universal que consti-

[27] Merino, Mauricio, "Muchas políticas y un solo derecho", en López Ayllón, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y Constitución: propuestas para un debate necesario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 127-156; del mismo autor, "La transparencia como política pública", en Ackerman, John M. (coord.), *Más allá del acceso a la información: transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, Siglo XXI, 2008, p. 241.

tuye una "garantía que afirma la igualdad de los ciudadanos ante la ley" y por ello es el mismo para todos. Por su parte, la política de transparencia debe de ser tan diversa como lo son las organizaciones públicas pues cada una debe responder y ser capaz de transformar las diferentes realidades administrativas, organizacionales y funcionales.[28]

Lo anterior tiene varias implicaciones. La primera obliga a reconocer que las organizaciones gubernamentales constituyen el campo específico de implementación de la transparencia. Es decir, la transparencia no se practica en abstracto sino en las estructuras, procesos, rutinas, prácticas y funciones específicas de cada una de ellas. La segunda es la necesidad de reconocer la complejidad y diversidad de las organizaciones gubernamentales y por ello la existencia de políticas distintas pero congruentes, con procesos y prácticas heterogéneas que tengan justamente la capacidad de llevar a cada organización a resultados más o menos homogéneos. Así, mientras que el derecho no admite distinciones en su aplicación, la política depende de éstas para asegurar su éxito.

Ahora bien, conviene preguntarse por los elementos necesarios para el funcionamiento de esta política. Merino (2008) identifica tres premisas, cuatro valores y cuatro parámetros de control en la implementación de la transparencia. Las tres premisas de una política de transparencia son: 1) "la forma en que se produce, se distribuye y se utiliza la información como un recurso estratégico"; 2) el carácter público de la información que "sirve para perfeccionar los procesos y las decisiones internas" de la organización; y 3) la construcción de "procesos de decisión y acción que forman parte del espacio público y, en consecuencia, no son excluyentes, asignan responsabilidades con claridad, pueden verificarse y deben conocerse públicamente".[29] Así, la política de transparencia apunta a una redefinición de la información, los procesos y las rutinas organizacionales, dotándolas de una perspectiva pública. Esta "perspectiva pública" está conformada por los valores de visibilidad (o la no-opacidad), la inclusión (y construcción del espacio público), la eficiencia social y la responsabilidad.[30] Como se puede apreciar, estos valores se toman de la transparencia para redefinir el ejercicio de gobierno. Finalmente, se proponen cuatro "parámetros de control para implementar y evaluar una política de transparencia": publicidad, inclusión, verificabilidad y responsabilidad; estos parámetros son los que guían "la producción, uso y distribución de la información pública".[31] Los fallos en estos parámetros son indicativos de fallas de transparencia concretas en procesos organizacionales.[32]

Ahora bien, en México la política de transparencia comenzó a desarrollarse en 2002, con la aprobación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. A pesar de que no existió una intención o diseño

[28] Merino, Mauricio, "Muchas políticas y un solo derecho", *op. cit.*, p. 129.

[29] Merino, Mauricio, "La transparencia como política pública", *op. cit.*, p. 242.

[30] *Ibidem*, pp. 242-243.

[31] *Ibidem*, p. 243.

[32] Arellano, David, "Fallas de transparencia: hacia una incorporación efectiva de políticas de transparencia en las organizaciones públicas", *Convergencia*, 14, septiembre-diciembre, 2007, p. 41.

formal de política pública que acompañara la Ley, elementos como la creación del Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI); el establecimiento de unidades de enlace y comités de transparencia al interior de las entidades y dependencias de la administración pública federal, y la creación de instrumentos técnicos (como los portales de obligaciones de transparencia) y mecanismos para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, establecieron las bases para que se desarrollara una política de transparencia al interior de las organizaciones gubernamentales. En los primeros años, la política se desarrolló particularmente al interior de la administración pública federal, adoptando distintos modelos y decisiones de implementación y arrojando resultados diversos.[33] El catálogo de obligaciones de transparencia, que ha crecido significativamente en los últimos años, es considerado "el fundamento de una auténtica política de transparencia de los sujetos obligados, entendiendo por tal el uso de la información de manera estratégica para la toma de decisiones, tanto por parte de la ciudadanía, como de los propios funcionarios".[34] En el resto de este ensayo, discutiremos las principales dificultades que ha encontrado la política de transparencia en México, así como los principales retos que deben ser atendidos.

V. Las tensiones de la transparencia

Existen principalmente dos dificultades inherentes en la transparencia gubernamental, considerada como una política pública. La primera se relaciona con la creación y mantenimiento de un significado y valor compartidos entre sus públicos. La segunda con el diseño e implementación al interior de las organizaciones. A continuación, analizaremos las implicaciones de cada uno de estos problemas. Conviene destacar que si bien constituyen tensiones inherentes a las políticas de transparencia, no son un argumento en contra de la transparencia sino un llamado a reconocer problemas específicos de su diseño e implementación.

1. *Significado y valor*

La primera dificultad tiene que ver directamente con la naturaleza de una política pública que es, en términos generales, la expresión técnica de una voluntad política por resolver un problema público.[35] Esta expresión —su éxito, ímpetu y perduración— depende tanto de una voluntad política suficiente y relativamente

[33] Mizrahi, Y. y Mendiburu, M., "Implementing Right to Information Reforms: Mexico", *Access to Information Working Paper Series*, Washington, Banco Mundial, 2012.

[34] Fierro, Ana Elena y Gil-García, José Ramón, "Más allá del acceso a la información: el uso de tecnologías de información para fomentar la transparencia, la participación y la colaboración en el sector público", en Cejudo, Guillermo *et al.* (eds.), *La política de transparencia en México: instituciones, logros y desafíos*, México, CIDE, 2012, p. 208.

[35] Aguilar, Luis, *Política pública*, México, Biblioteca Básica de Administración Pública, 2010.

constante como de un entendimiento claro, compartido y legítimo del problema público por resolver. En el caso de México la transparencia se posiciona, a principios del siglo XXI, como la solución al problema de la opacidad en el quehacer gubernamental, la ausencia de elementos necesarios para la rendición de cuentas, y la crisis de legitimidad y eficiencia en la administración pública.[36] Casi década y media después, la política de transparencia ha logrado mantenerse en la agenda pública y las instituciones, estructuras, discursos, acciones, instrumentos y normas que conforman la política de transparencia se han multiplicado y diversificado. Sin embargo, el crecimiento de una política en sí misma no es suficiente para indicar o garantizar su éxito.

En efecto, el reto de una política tan ambiciosa como esta es mantener un hilo conductor o cierta coherencia en su desarrollo a largo plazo, especialmente cuando con el tiempo se involucran distintos actores en su hechura e implementación. La visión de la transparencia de aquellos que diseñan cada ley, que comenzaron o continúan la implementación al interior de las organizaciones gubernamentales y que realizan reformas o evaluaciones a la política, puede variar enormemente, entre ellas y en el tiempo. Dada la naturaleza cambiante de la arena política y la contingencia que rodea el quehacer gubernamental, muchas veces componentes iniciales de una política crecen desiguales a otros, algunos son olvidados después de los primeros meses y en otras ocasiones los instrumentos y procesos cambian tantas veces que pierden la lógica causal que los unía a los objetivos centrales.[37] Si bien este es un reto de cualquier política pública, el valor público que tiene la transparencia facilita el que cualquier expansión de la política sea bien vista, descuidando la coherencia, dirección y viabilidad de lo que se plantea.

Finalmente, además de la evolución a largo plazo, la dificultad de mantener un significado y valor compartidos está reforzada por las cargas de trabajo que representa esta política. La diversidad de normas vigentes, formatos, criterios y obligaciones diversas con las que deben cumplir las organizaciones gubernamentales, sin importar la naturaleza de sus objetivos y funciones, muchas veces implican un esfuerzo tal que es difícil percibir los beneficios. Es decir, la carga de trabajo que implica la transparencia en cada organización se encuentra en tensión constante con el significado y el valor que se le otorga. Esta carga varía enormemente entre cada tipo de organizaciones —según su complejidad, tamaño o funciones— y, por lo tanto, tenemos experiencias y visiones muy diversas de la transparencia entre las organizaciones gubernamentales. Muchas veces se busca asegurar el cumplimiento de obligaciones de transparencia sin una conciencia clara de que se hace precisamente para mejorar el ejercicio gubernamental: su legitimidad, eficiencia y cercanía con los ciudadanos.

---

[36] Ackerman, John M. (coord.), *Más allá del acceso a la información: transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, *op. cit*.

[37] Merino, Mauricio, *Políticas públicas: ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de problemas públicos*, México, CIDE, 2013.

2. *Visión organizacional en el diseño e implementación*

La segunda dificultad que es importante reconocer y considerar en el diseño de normas y políticas de transparencia es la premisa de que la transparencia compete primordialmente a las organizaciones gubernamentales. En general, existe una tendencia a pensar en las organizaciones gubernamentales como máquinas de implementación de decisiones de política o a imaginar que se pueden lograr cambios concretos en el funcionamiento de éstas, interviniendo desde fuera.[38]

En el caso concreto de la política de transparencia, ésta representa un conjunto de decisiones que impacta directamente en el ámbito administrativo: la gestión de flujos de información pública, archivos, comunicación interna y externa y toma de decisiones. En particular, la apertura y la ausencia de secrecía va en contra de la naturaleza histórica de las organizaciones gubernamentales, donde la información es un recurso en la toma de decisiones, la distribución de recursos y el cumplimiento de objetivos.[39] El reto es definir, desde las normas, a la transparencia gubernamental de forma que sea operacionalizable —que se busque "transparentar" con objetivos concretos y no como fin en sí mismo— y lograr incorporar en las rutinas organizacionales de cada entidad, los procesos, herramientas, criterios, estructuras y prácticas necesarias para consolidar la política. Dos de las tendencias en el diseño e implementación de políticas públicas nacionales son la generalización y la homogenización: no solamente se consideran a las organizaciones como máquinas de implementación sino que se llega a asumir que todas las organizaciones son el mismo tipo de máquina y deben arrojar los mismos resultados.

Para ilustrar algunas de las dificultades o costos que puede implicar la implementación de la transparencia para las organizaciones gubernamentales, retomamos los parámetros o criterios de control de publicidad, inclusión, verificabilidad y responsabilidad. Primero, el criterio de publicidad —"entendido como el requerimiento de documentar y publicar información relevante sobre la forma en que la organización toma decisiones"—[40] requiere que el proceso de toma de decisiones sea relativamente racional y sus insumos y procesos documentables. Sin embargo, muchas decisiones organizacionales, dada su importancia, urgencia o cotidianeidad, pueden escapar de un proceso de documentación razonable. Segundo, el criterio de inclusión —entendido como "la importancia de incorporar e informar a los actores que deben intervenir en la toma de decisiones"—[41] requiere la apertura de procesos y gastos en términos de recursos y tiempo. Es decir, el incorporar a más personas (tanto física como representativamente) en los procesos de toma de

[38] Arellano, David, "El enfoque organizacional en la política y la gestión públicas. Entendiendo las organizaciones gubernamentales", en Merino, Mauricio y Cejudo, Guillermo (comps.), *Problemas, decisiones y soluciones: enfoques de política pública*, México, CIDE, 2010, pp. 61-92.

[39] Arellano, David, "Fallas de transparencia: hacia una incorporación efectiva de políticas de transparencia en las organizaciones públicas", *op. cit.*

[40] *Ibidem*, p. 41.

[41] Merino, Mauricio, "La transparencia como política pública", *op. cit.*, p. 258.

decisiones puede requerir una mayor inversión en tiempo y recursos por parte de la organización.

Tercero, el criterio de verificabilidad —entendido como "la capacidad de documentar y constatar de una forma razonablemente barata que las decisiones y procesos se llevaron a cabo, en la práctica, de la forma en que están especificados o definidos"—[42] implica, igualmente, costos de documentación y ajustes a los procesos y decisiones de forma que puedan ser documentados. Finalmente, el criterio de responsabilidad —"la definición de relaciones y roles, la precisión y la documentación de las decisiones de cada uno de los actores"—[43] llama la atención a "aquellos procesos o acciones en los que no sea posible encontrar una definición lógica o convincente de cargas y deberes" o cuando la relación "entre actores y acciones sea difícil de establecer".[44]

En síntesis, el funcionamiento de las organizaciones gubernamentales es mucho más contingente e incierto de lo que una visión externa y homogeneizadora puede llegar a comprender. Sin embargo, esto no quiere decir que "todo se va", sino que las políticas de transparencia deben acompañar el establecimiento de obligaciones generales con mecanismos, instrumentos y procesos que permitan ajustes y variaciones necesarios de acuerdo con el funcionamiento interno de cada organización. Asimismo, implica que la visión y los objetivos de la política de transparencia deben incorporar, en la misma medida, tanto aspiraciones globales como experiencias particulares.

VI. Retos actuales en transparencia

A lo largo de este ensayo hemos analizado brevemente algunas de las dimensiones y complejidades de la transparencia. En síntesis, podemos afirmar que conviene celebrar el reconocimiento político, institucional y constitucional de la transparencia tanto como un valor como una práctica dentro de las organizaciones gubernamentales. En segundo lugar, que conviene reconocer las dificultades que implica este concepto y que conviene avanzar en su comprensión y análisis. En tercer lugar, que es indispensable dejar la ilusión que la mera inclusión de la transparencia y sus prácticas en los cuerpos legales genera un cambio inmediato, y que es indispensable traducirlas en políticas públicas permanentes, que tienen costos de implementación, que requieren ser evaluadas periódicamente, y que deben responder a la enorme diversidad de formas de organización, prácticas y funciones de las organizaciones gubernamentales en el conjunto del país.

---

[42] Arellano, David, "Fallas de transparencia: hacia una incorporación efectiva de políticas de transparencia en las organizaciones públicas", *op. cit.*, p. 41.

[43] Merino, Mauricio, "La transparencia como política pública", *op. cit.*, p. 259.

[44] Arellano, David, "Fallas de transparencia: hacia una incorporación efectiva de políticas de transparencia en las organizaciones públicas", *op. cit.*, p. 42.

Antes de finalizar, conviene apuntar algunas dimensiones que constituyen algunos de los retos más inmediatos de las políticas de transparencia, en particular luego del nuevo marco constitucional y la expedición de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información.

En primer lugar, debemos señalar la complejidad que implica el nuevo marco normativo que, por un lado, asume que todas las organizaciones gubernamentales del país pueden responder a los mismos modelos organizacionales y de generación de información y, por otro, multiplica las disposiciones y obligaciones que recaen por igual en todos los sujetos obligados. El despliegue de las políticas de transparencia es una labor compleja que debe atender a la especificidad de cada organización (no es lo mismo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que un municipio de Oaxaca, como tampoco lo es una empresa productiva del Estado respecto de un gobierno estatal). Se requiere por ello un despliegue gradual, diferenciado, programado y verificable que permita avanzar en una ruta que permita la adaptación de las organizaciones al nuevo entorno normativo y asegure que la política cumple sus objetivos sustantivos y no meramente procedimentales.

En segundo lugar, el cumplimiento de las nuevas obligaciones de transparencia demanda de las organizaciones gubernamentales grandes capacidades técnicas, tecnológicas, profesionales y financieras. Naturalmente, estas capacidades varían tanto por el tamaño, complejidad o recursos de la organización como por las obligaciones demandadas. Particularmente, destaca la gestión documental (archivos y documentos electrónicos) y los mecanismos efectivos y eficientes de comunicación interna. Por ello se requiere de una implementación que pueda adaptarse a estas condiciones específicas y que reconozca la diversidad que existe en las capacidades existentes.

En tercer lugar, es necesario avanzar en la generación de una nueva cultura de transparencia donde los servidores públicos asuman a la publicidad de la acción gubernamental como un valor intrínseco a la función y entiendan la utilidad y complejidad de los procesos de gestión de información.

Finalmente, el desafío más importante es lograr generar información útil para los ciudadanos y que ésta sea capaz de generar confianza y permitir una evaluación adecuada de la acción de las instituciones y de sus responsables. En otras palabras, el riesgo es que, como consecuencia del nuevo marco normativo, logremos que se genere información que, parcial o totalmente, cumpla con las obligaciones formales contenidas en las diferentes leyes aplicables, pero que no genere el valor social esperado ni para los ciudadanos ni para las propias organizaciones gubernamentales. Entonces habremos desperdiciado una enorme oportunidad y sólo habremos producido —con un alto costo— información inútil. Se trata de avanzar, gradual pero sostenidamente, en una auténtica política de transparencia que cumpla con las promesas de tener un gobierno que genere información de buena calidad, que la administre adecuadamente y que sea capaz de comunicarla eficazmente a los usuarios. Pasemos entonces de la mera "ilusión de la transparencia" a una nueva etapa donde la información sea un bien público útil para el gobierno y sus ciudadanos.

VII. Bibliografía

AGUILAR RIVERA, José Antonio, *Transparencia y democracia: claves para un concierto*, Cuadernos de Transparencia 10, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2006.

AGUILAR, Luis, *Política pública*, México, Biblioteca Básica de Administración Pública, 2010.

ARELLANO, David, "Fallas de transparencia: hacia una incorporación efectiva de políticas de transparencia en las organizaciones públicas", *Convergencia*, 14, septiembre-diciembre, 2007, pp. 31-46.

———, "El enfoque organizacional en la política y la gestión públicas. Entendiendo las organizaciones gubernamentales", en MERINO, Mauricio y CEJUDO, Guillermo (comps.), *Problemas, decisiones y soluciones: enfoques de política pública*, México, CIDE, 2010, pp. 61-92.

CARBONELL, Miguel, *El régimen constitucional de la transparencia*, México, UNAM, 2008.

CEJUDO, Guillermo *et al.*, *La política de transparencia en México: instituciones, logros y desafíos*, México, CIDE, 2012.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

FIERRO, Ana Elena y GIL-GARCÍA, José Ramón, "Más allá del acceso a la información: el uso de tecnologías de información para fomentar la transparencia, la participación y la colaboración en el sector público", en CEJUDO, Guillermo *et al.* (eds.), *La política de transparencia en México: instituciones, logros y desafíos*, México, CIDE, 2012, pp. 207-248.

GUERRERO GUTIÉRREZ, Eduardo, *Para entender la transparencia*, México, Nostra ediciones, 2008.

HOOD, Christopher y HELD, David, *Transparency: a Key to Better Governance?*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, "La creación de la Ley de Acceso a la Información en México: una perspectiva desde el Ejecutivo Federal", en CONCHA, Hugo A. *et al.*, *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 1-38.

———, "El trayecto de la reforma constitucional: del derecho incierto al derecho a parte entera", en PESCHARD, Jacqueline (coord.), *Hacia el Sistema Nacional de Transparencia*, México, UNAM, 2016, pp. 3-32.

MERINO, Mauricio, "Muchas políticas y un solo derecho", en LÓPEZ AYLLÓN, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y Constitución: propuestas para un debate necesario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 127-156.

———, "La transparencia como política pública", en ACKERMAN, John M. (coord.), *Más allá del acceso a la información: transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, Siglo XXI, 2008, pp. 240-262.

———, *Políticas públicas: ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de problemas públicos*, México, CIDE, 2013.

MERINO, Mauricio y LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, "La rendición de cuentas en México: perspectivas y retos", en MERINO, Mauricio *et al.*, *La estructura de la rendición de cuentas en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 1-28.

MIZRAHI, Y. y MENDIBURU, M., "Implementing Right to Information Reforms: Mexico", *Access to Information Working Paper Series*, Washington, Banco Mundial, 2012.

PESCHARD, Jacqueline (coord.), *Hacia el Sistema Nacional de Transparencia*, México, UNAM, 2016.

PRAT, Andrea, "The More Closely We Are Watched, the Better We Behave?", en HOOD, Cristopher y HEALD, David (eds.), *Transparency. The Key to Better Governance?*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 91-103.

RÍOS CÁZARES, Alejandra y CEJUDO, Guillermo, "La rendición de cuentas en los gobiernos estatales", en MERINO, Mauricio *et al.*, *La estructura de la rendición de cuentas en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 115-204.

ROBERTS, Alasdair, *Blacked out. Government Secrecy in the Information Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, Cuadernos de Transparencia 4, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004.

SALAZAR, Pedro (coord.), *El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias*, México, IFAI-UNAM, 2008.

SCHEDLER, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, Cuadernos de Transparencia 2, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004.

STIGLITZ, Joseph E. *et al.*, "Information and Economic Efficiency", *National Bureau of Economic Research Working Paper 4533*, 1992.

STIGLITZ, Joseph E., *On Liberty, the Right to Know and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life*, Oxford, U.K., Oxford Amnesty Lecture, 2003.

LA DEMOCRACIA MEXICANA Y SU ÁRBITRO CONSTITUCIONAL

Saúl López Noriega*

Sumario: I. *Introducción*. II. *El árbitro constitucional y sus desafíos.* III. *La nueva conversación constitucional*. IV. *Algunas asignaturas pendientes*. V. *Bibliografía*.

I. Introducción

En el simbolismo institucional de nuestro país del siglo XX, existe un momento fundacional de la justicia constitucional: el año de 1995. Fecha en la que entró en vigor una ambiciosa reforma constitucional que reestructuró a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, en general, al Poder Judicial de la Federación. Fue justo a partir de ahí, según este imaginario, que México por fin tuvo un árbitro constitucional.

Lo cierto, sin embargo, es que la tarea de erigir a la Suprema Corte como un tribunal constitucional fue más bien un proceso, en ocasiones silencioso e imperceptible, que implicó varias reformas, y que inclusive para algunos se trata de un trabajo aún

* Investigador en la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE). Licenciado en derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM); cuenta con un doctorado en filosofía política y derecho constitucional por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Imparte cursos sobre derecho constitucional y democracia y medios de comunicación. Su investigación se centra en los temas de justicia constitucional, democracia y tribunales constitucionales y la concentración de los medios de comunicación. Es miembro de la mesa editorial de la revista *Nexos*, donde edita su blog judicial El juego de la Suprema Corte. Algunas de sus publicaciones son: *Democracia, poder y medios de comunicación*, México, Fontamara-Konrad Adenauer, 2009; *El IFE frente a los medios de comunicación*, México, TEPJF, 2011; *Elección presidencial de 2012. Análisis de su impugnación*, México, TEPJF, 2015; *Manual de periodismo judicial. Tribunales y opinión pública*, México, Tirant lo Blanch, 2015 (en coordinación con José Carreño Carlón); y *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tirant lo Blanch, 2016 (en coedición y coautoría con Andrea Castagnola). El autor agradece el apoyo para la elaboración de este texto de Gustavo Marín Hernández, estudiante de la maestría en ciencia política del CIDE.

con asignaturas pendientes.[1] Asimismo, sobra mencionar que antes de esta reforma, la Corte contaba con al menos una herramienta propia de un tribunal constitucional. El juicio de amparo, sin duda, era un instrumento jurídico que permitía, con todas sus limitantes y excentricidades, hacer efectivas diversas disposiciones del texto constitucional.

La relevancia, entonces, de la reforma de 1995, más allá de sus méritos estrictamente normativos, reside en el contexto del país en el que se impulsó y entró en vigor. A diferencia de otras reformas, ninguna saltó a la vida institucional del país en los albores de la etapa clave de su transición democrática que exigió décadas y un sinfín de ajustes institucionales sobre todo relacionados con el andamiaje electoral. De hecho buena parte de la literatura académica ha reflexionado respecto a los incentivos del Partido Revolucionario Institucional (PRI) para impulsar una reforma de este calibre,[2] encaminada a consolidar la justicia constitucional, cuando borboteaba ya un pluralismo político que cuajaría pocos años después en un régimen presidencial bajo una dinámica de gobierno dividido y, por supuesto, con la alternancia en la presidencia de la República. Este inédito escenario político, junto con la nueva batería de herramientas constitucionales que otorgó a la Suprema Corte la reforma de 1995, fue el caldo de cultivo que terminó por cocinar una justicia constitucional mucho más sólida que antaño. Insisto: no sólo por el nuevo arsenal de medios de control constitucional que ganó la Suprema Corte, sino también porque las características de la nueva arena política hicieron que pronto la Corte se ubicara en el centro de no pocas de las exigencias institucionales del país.

Pero, ¿qué ha pasado desde entonces con la justicia constitucional del país? ¿Cuáles eran las metas que debía cumplir la Suprema Corte en pleno proceso de consolidación democrática? ¿Cómo las ha sorteado? ¿Se ha erigido en un árbitro efectivo de los principales conflictos del país? ¿Son necesarios todavía algunos ajustes para consolidar a la Suprema Corte como tribunal constitucional? El objetivo de este texto es justamente tratar de contestar éstas y otras interrogantes encaminadas a hacer un balance de la Corte como tribunal constitucional a más de 20 años de la mencionada reforma de 1995 y, sobre todo, pensar en los retos que le esperan a ésta en el siglo XXI. Si bien resulta sugestivo realizar una lectura histórica del papel de la Corte en la vida de nuestro país, más cuando celebramos los primeros 100 años de la Constitución de 1917, lo cierto es que la justicia constitucional nunca había

---

[1] Cossío, José Ramón y Fix-Zamudio, Héctor, *El poder judicial en el ordenamiento jurídico mexicano*. México, Fondo de Cultura Económica, 1996; Fix-Fierro, Héctor, "La reforma judicial en México, ¿de dónde viene?, ¿hacia dónde va?", en *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 2, 2002, pp. 251-324; Caballero, José Antonio *et al.*, "La Suprema Corte y el sistema nacional de impartición de justicia: ¿a dónde va la reforma judicial?", en Ferrer, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM-IMDPC-Marcial Pons, t. II, 2008, pp. 39-59.

[2] Magaloni, Beatriz, "Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law in Mexico", en Mainwaring, Scott y Welna, Christopher (eds.), *Democratic Accountabilty in Latin America*, Oxford University Press, 2003, pp. 266-305; Finkel, Jodi S., *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru and Mexico in the 1990s*, University of Notre Dame Press, 2008; Inclán Oseguera, Silvia, "Judicial Reform in Mexico: Political Insurance or the Search for Political Legitimacy?", en *Political Research Quarterly*, vol. 62, núm. 4, 2009, pp. 753-766.

sido tan relevante para el país sino hasta en el último par de décadas. Así, sin duda, los avances conseguidos en este arco de tiempo, así como los desafíos aún pendientes, definirán la suerte de uno de los grandes retos de nuestra democracia: hacer de la Constitución una norma jurídica efectiva que coadyuve a darle estabilidad y cauce al país.

Este texto, en este sentido, se divide de la siguiente manera. En primer lugar, se trazan los principales retos que enfrentó la Corte al inaugurarse la vida democrática. Después, se explican algunos de los cambios más significativos que ha sufrido la conversación constitucional en estos años, en rubros como la complejidad de los casos y preguntas que se les plantean a los ministros, así como en los cambios en el sustrato de la justicia constitucional. Por último, se esbozan algunas de las metas que debe alcanzar la Suprema Corte, no para erigirse como tribunal constitucional, sino para fortalecerse como tal y exprimir su potencial en el arduo trabajo que implica consolidar una democracia.

II. El árbitro constitucional y sus desafíos

¿Qué esperar de una corte constitucional en una transición democrática como la mexicana? Vale apuntar de inicio que todo fenómeno de transición significa, en términos generales, el abandono de ciertas reglas clave de un régimen autoritario o dictatorial para adoptar pautas básicas de uno democrático. Un punto relevante, no obstante, reside en cómo se da este salto entre un grupo de reglas y otro. En principio, existen dos escenarios posibles. O estamos ante un punto de quiebre que permite ubicar con claridad un antes y después institucional, a través de un proceso constituyente que establece una nueva Constitución con las reglas de convivencia propias de un sistema democrático. O, en su caso, se trata de un proceso gradual, que puede extenderse inclusive por décadas, y que a lo largo de este lapso de tiempo se va ajustando de manera paulatina la maquinaria autoritaria para establecer condiciones democráticas en el acceso y ejercicio del poder.[3] De tal manera que, a pesar de que haya sufrido un número significativo de reformas para alcanzar este propósito, el mismo texto constitucional que cobijó al régimen autoritario es ahora el sustrato institucional del edificio democrático. Esta diferencia en los procesos de transición democrática, a pesar de presentarse aquí de manera un tanto esquemática, no es menor al momento de definir el tipo de tareas que deberá enfrentar una corte constitucional al estrenarse en una dinámica democrática.

Es cierto: en términos generales, algunos han considerado que la función principal de este tipo de instituciones en un proceso de transición democrática es garantizar la estabilidad del nuevo sistema político, mediante una patente adherencia —sea por convicción o responsabilidad— a las reglas democráticas y una manifiesta

[3] Elster, Jon y Slagstad, Rune (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, 1988.

imparcialidad frente a los conflictos que tiene que resolver.[4] Otros, por su parte, han señalado que su tarea medular consiste en escudriñar el ejercicio del poder del resto de la estructura estatal, tarea cuyo éxito está atado a la suerte de varios factores que varían en cada sociedad, tales como la cultura de legalidad, los alcances de los medios de control constitucional, la independencia de los jueces de acuerdo con su entorno institucional y político, así como el bono de legitimidad con que cuente el tribunal constitucional en cuestión.[5] No obstante, y aunque esta discusión es por demás fecunda y relevante, me interesa enfocarme en los retos de una corte constitucional de acuerdo con las particularidades de su transición democrática y la manera de entender su texto constitucional, perspectiva donde la ausencia de una nueva Constitución plantea ciertamente dificultades adicionales o, en su caso, éstas se presentan con mayor intensidad que en una transición democrática que diferencia con nitidez entre el pasado y el futuro institucional de una sociedad.

Un primer reto, en este sentido, de la Suprema Corte, en su renovado papel de corte constitucional a partir de 1995, derivó del hecho de que ante una transición democrática como la mexicana —gradual, que no resultó en un nuevo texto constitucional— era probable que se presentara de manera acentuada una contradicción entre instituciones del régimen anterior frente a aquellas reglas democráticas que se habían incorporado. Es decir, ante la falta de un trazo claro entre el universo de instituciones de raíz autoritaria frente a aquellas de diseño democrático, una corte constitucional inevitablemente tiene que enfrentarse a un mosaico de reglas que arrastran una tradición y funcionamiento autoritario y, no menos grave, que en no pocas ocasiones son apoyadas por grupos sociales cuyo propósito es mantener estos arreglos institucionales, sea por los beneficios que les arrojan o porque genuinamente consideran que éstos son adecuados.

El ámbito jurisdiccional, por ejemplo, puede ofrecer una imagen más clara de este fenómeno. Por un lado, porque es muy probable que se presente un choque entre una jurisprudencia en materia penal —por mencionar uno de los rubros clave en una transición democrática— con un claro tufo autoritario, frente a instituciones propias del nuevo régimen que replantean este conjunto de procedimientos desde una óptica de derechos fundamentales. Pero también porque no es descabellado que el Poder Judicial esté piloteado por jueces que legitimaron varias decisiones del viejo régimen autoritario, además de beneficiarse de éste con prebendas y ascensos laborales. De tal manera que, en principio, no es un grupo de funcionarios que necesariamente vaya a coadyuvar sin resistencia alguna a la implementación de las pautas democráticas o cuyo entendimiento del derecho, y de las problemáticas sociales en torno a éste, sea la idónea para operar las reglas democráticas encargadas de procesar el nuevo pluralismo sociopolítico.

Esta contradicción también se puede presentar en una transición democrática que esté bautizada por un texto constitucional. Sin embargo, una nueva Constitu-

[4] Garzón Valdés, Ernesto, "El papel del poder judicial en la transición a la democracia", *Isonomía*. México, núm. 18, abril, 2003, pp. 27-46.

[5] Gargarella, Roberto *et al.*, *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Frank Cass, 2004.

ción ofrece una enorme ventaja para el trabajo de una corte constitucional, pues zanja la discusión respecto a varias de las nuevas premisas que deben moldear la estructura estatal erigiéndose en el rasero para calificar reglas arraigadas en la otrora lógica autoritaria. Existe un enorme trabajo por delante, pues en buena medida un tribunal constitucional debe ir resolviendo las diversas vicisitudes que se presentan al momento de aterrizar los matices de tales categorías. Pero lo cierto es que este cascarón constitucional en clave democrática, ofrece una buena batería de insumos adecuados para el trabajo de la justicia constitucional, con el bono de legitimidad de haber sido pactado por las fuerzas políticas de una sociedad a través de un texto constitucional.

En una transición gradual, por el contrario, sin la marca de nacimiento de una Constitución, las fuerzas políticas van pactando poco a poco reglas encaminadas a redistribuir el poder político, pero muchos otros temas quedan fuera del debate. Es más: en ocasiones el arribo a la democracia es posible justo porque tales aspectos quedan fuera del pacto democrático. Pensemos, por ejemplo, en temas tan peliagudos como federalismo, fuerzas armadas y uso de la fuerza pública, que no fueron considerados por los partidos políticos de nuestro país en el proceso de acordar el salto al régimen democrático, a pesar de ser claves para la consolidación de éste y, en este sentido, necesitar eventualmente una redefinición constitucional en clave democrática. Así, pues, la Suprema Corte tuvo que lidiar con estos y otros acertijos sin una Constitución que ofreciese legitimidad y herramientas constitucionales para procesarlos. Por ello, su primer reto consistió en construir una narrativa constitucional capaz de procesar estos claroscuros institucionales, nutrida a partir de un conjunto de valores que abonasen el terreno para que el régimen democrático echase raíces. Al final se trataba de una función bisagra entre pasado y futuro institucional que, al no ser procesada en sus categorías principales por un nuevo texto constitucional, el trabajo cayó en la cancha de la Suprema Corte: paso a paso, de acuerdo con los casos que fuese conociendo y con la inevitable resistencia de aquellos grupos beneficiados por tales arcaísmos institucionales. No era, por supuesto, una tarea sencilla, sobre todo por el papel que había desempeñado la Constitución de 1917 durante el régimen de partido hegemónico.

En efecto, el otro gran reto que enfrentó la Suprema Corte desde los primeros días de la democracia mexicana fue leer, por primera vez, el texto constitucional en clave normativa. No hay que olvidar que la lógica del sistema autoritario priista tuvo, entre otras consecuencias, que la Constitución no se entendiera como una norma jurídica cuyo propósito fuese asir el poder. Se trató, más bien, de un insumo clave para un discurso político legitimador de un régimen autoritario y de una manera no liberal de entender el ejercicio del poder. Así, a lo largo de las décadas que duró esta hegemonía del PRI, un significativo grupo de disposiciones constitucionales nunca fueron utilizadas. O, en su caso, se aprovecharon como mero ramillete de flores que adornaban discursos políticos, pero nunca sortearon las complicaciones propias de hacerlas operables en la realidad. Esto se debió, en buena medida, a la enorme concentración de poder depositada en la figura del presidente de la República, la cual si bien no le quitaba a éste el desafío de mantener un equilibrio entre

las diversas fuerzas que integraban al PRI hegemónico, sí le permitía gozar de facultades meta-constitucionales a través de las cuales se resolvían varios de los conflictos sociales sin considerar los valores y pautas constitucionales.[6] México vivió una siesta constitucional. Una dinámica política y social cuya conflictividad no era resuelta considerando a la Constitución como un referente. La Constitución era discurso, proyecto, reliquia histórica, pero no norma jurídica.[7]

Esta ausencia de la Constitución en la vida pública, como herramienta jurídica, se debió a la necesidad del régimen de partido hegemónico de utilizarla como ingrediente para un discurso político que presuponía una sociedad homogénea, carente de conflictos y diferencias, lo cual canceló cualquier posibilidad de entender a la norma constitucional como el sustrato normativo de una sociedad pluralista y, de esta manera, abrir la perenne discusión respecto a los múltiples significados que puede tener la batería de disposiciones que la integran. Así, pues, esta nata discursiva de la homogeneidad social hizo innecesaria e inclusive inconveniente la discusión sobre los diversos sentidos de las normas constitucionales. Esto se tradujo en que los diferentes segmentos que integraban a la sociedad mexicana no pudiesen manifestarse en el ámbito de las normas constitucionales suspendiendo uno de los ejercicios democráticos por antonomasia: la batalla social por definir las diversas lecturas que puede tener esa madeja normativa que es nuestra Constitución.[8]

El reto de la Corte, entonces, al despertar de la siesta del texto constitucional, consistió en dirigir la recreación jurídica de la Constitución de 1917. Procesar las diferentes lecturas que inevitablemente se empezaron a desprender de la maquinaria constitucional una vez que empezó a funcionar. Moderar el debate constitucional que apenas iniciaba. Marcar la lógica de trabajo de ese empolvado conjunto de tuercas y engranajes constitucionales. En breve: hacer que la Constitución fuese norma y tuviese un asidero en la realidad del país. ¿Cuál es la estructura del sistema federal? ¿Cómo opera el veto presidencial? ¿Cuáles son los alcances del juicio de amparo para proteger derechos? ¿Dónde se ubica el derecho internacional en el ordenamiento jurídico mexicano? Éstas y un sinfín de preguntas inéditas empezaron a presentarse ante la Suprema Corte, mismas que tuvo que resolver en un inicio sin precedentes judiciales y doctrina adecuada que guiasen la discusión. De ahí que fuese un trabajo que implicaba inclusive una nueva ciencia constitucional. Cierto: la reconstrucción de la Constitución, exigía un re-entendimiento del texto constitucional. Una nueva manera de pensar el derecho. Y a la Corte inevitablemente le correspondió asumir el papel de referente respecto cómo entender, leer y utilizar a la Constitución en el escenario democrático que se inauguraba.[9]

Otra característica de la manera de entender y utilizar a la Constitución, propia del sistema de partido hegemónico del PRI, fue un excesivo reformismo constitucio-

---

[6] Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI, 1978.

[7] Silva-Herzog Márquez, Jesús, "El fin de la siesta constitucional", en Casar, María Amparo y Marván, Ignacio (coords.), *Gobernar sin mayoría. México 1867-1997*, México, CIDE-Taurus, 2002, pp. 369-387.

[8] Cossío, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998.

[9] Silva-Herzog Márquez, Jesús, "El fin de la siesta constitucional", *op. cit.*, pp. 386-387.

nal. Es cierto que la Constitución de 1917 ha mantenido hasta nuestros días un procedimiento rígido para ajustar su propio texto. Es decir, las exigencias procedimentales son más difíciles de sortear que en el caso de un proceso legislativo ordinario. No obstante, lo cierto es que en la práctica éste no fue un obstáculo. Si revisamos la era dorada del PRI, de 1946 a 1982, cuando su dominio político era tan contundente que controlaba al Congreso con mayorías superiores al 85% y la oposición no había conquistado siquiera la gubernatura de una entidad federativa, encontramos 59 decretos de reforma constitucional.[10] La explicación, en su momento, a este fenómeno era sencilla: si bien el procedimiento para reformar la Constitución era rígido, en la práctica el enorme músculo político del PRI en los poderes representativos era tal que le permitía flexibilizarla de acuerdo con los intereses del presidente de la República en turno. Sin ir más lejos: si un presidente así lo deseaba, su plan de trabajo sexenal podía trazarse en el lienzo de la Constitución. La otra cara de esta reflexión era la siguiente: una vez que la fuerza numérica del PRI en el Congreso empezara a menguar, hasta perder inclusive la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados en 1997, entonces, no habría condiciones para continuar con este reformismo constitucional. Esta hipótesis partía del supuesto de que el surgimiento de un gobierno dividido —es decir, cuando el partido político del presidente de la República carece de una mayoría absoluta en el Congreso— se traduciría en un dique que acabaría con este frenesí de reformas constitucionales.

La sorpresa, sin embargo, es que sucedió lo contrario: conforme el sistema político vivió una creciente pluralidad, los ajustes al texto constitucional también aumentaron. Un dato: de 1982 a 2012, lapso en el que se democratizó el país, hubo alternancia en el poder ejecutivo federal y se estableció un gobierno dividido que se mantiene hasta la fecha, el número de decretos de reformas constitucionales ascendió a 108, casi el doble del periodo previo donde la posición del PRI era por demás sólida. Es más: en el sexenio de 2006 a 2012 se concretaron más cambios a la Constitución que en ningún otro, al grado de representar el 20% del total de reformas desde 1917.[11] Esta rareza de nuestra clase política que, aun con pluralismo y gobierno dividido, sigue manteniendo una enorme disposición para pactar soluciones a los problemas del país a través de reformas a la Constitución, refleja un fetichismo constitucional que considera que cada modificación a la Constitución implica una transformación prácticamente causal de la realidad. La carta magna como solución a todos nuestros males. La madeja de disposiciones constitucionales como una poción mágica que transforma al país. La Constitución, aun como discurso, proyecto, retórica. Pero ya no para legitimar a un partido político hegemónico, sino para inflar la demagogia de nuestros gobernantes y evadir su responsabilidad principal en la vida democrática: gobernar. En vez de hacer política para enfrentar las inherentes vicisitudes de aterrizar los postulados constitucionales, de sortear los obstáculos que implica traducir los diseños del pizarrón jurídico a políticas públicas exitosas, mejor sólo reformar la Constitución. La democracia mexicana ha consis-

[10] Casar, María Amparo, "El fetichismo constitucional", en *Nexos*, núm. 422, febrero, 2013, pp. 13-17.

[11] *Idem*.

tido, en buena medida, en una acumulación de reformas constitucionales que han hecho de éste un texto desordenado, abigarrado, confuso y con un pobrísimo impacto en la realidad.[12]

Lo cierto, sin embargo, es que junto a esta concepción demagógica del texto constitucional, ha ido afirmándose también una lectura normativa. Voltear a la Constitución y a la Suprema Corte como su principal intérprete, para resolver conflictos y ganar batallas respecto de las posibles lecturas del texto constitucional. No sé qué tanto de este viraje sea fruto de una genuina convicción que empieza a cuajar en sectores de la sociedad, lo cierto es que el escenario democrático del país, en ciertas trincheras, no le ha dado otra opción a las fuerzas políticas que utilizar a la Constitución para cohabitar en democracia. Es decir, si bien la fragmentación del poder político ha permitido continuar con la fiesta del reformismo constitucional, también ha debilitado a los poderes ejecutivo y legislativo, al grado de entorpecer su coordinación entre sí y con el resto de los niveles de gobierno. De tal manera que la Suprema Corte se ha fortalecido como el árbitro que destraba estos conflictos mediante una lectura normativa del texto constitucional.[13] Ambas concepciones de la Constitución, por supuesto, son contradictorias. Se encuentran en tensión. Y, en el caso del reformismo constitucional, dificulta el trabajo de la Suprema Corte.

En efecto, este es el punto que me interesa subrayar: la democracia no ha logrado frenar el ímpetu por tijeretear a la Constitución y esto implica un reto mayúsculo para que la Suprema Corte cumpla cabalmente con su papel de corte constitucional. Algunos inclusive han apuntado que simplemente no es posible consolidar una justicia constitucional cuando se vive un perenne reformismo constitucional.[14] El argumento parte de que la tarea de una corte constitucional consiste en pulir las disposiciones constitucionales. Dilucidar su significado, trazar sus límites y alcances. Es decir, a través de cada caso, los jueces constitucionales, en un trabajo similar al de un orfebre, define los matices de las libertades y competencias que integran la madeja constitucional. Esta labor, por supuesto, puede ser más o menos sofisticada dependiendo de la chispa creativa de cada tribunal y del bagaje teórico que utilicen para operar la maquinaria constitucional. Lo cierto, no obstante, es que una condición clave para realizar este trabajo artesanal es que la Constitución goce de cierta estabilidad. Que sus principios y reglas se mantengan sin cambios por un tiempo que permita justo deshilar sus significados. En caso contrario, un texto constitucional que se modifica constantemente no permite ese mínimo de estabilidad para trabajar los conceptos constitucionales.

---

[12] López Noriega, Saúl, "Constitución sin constitucionalistas", en *Nexos*, núm. 434, febrero, 2014, pp. 48-49; Salazar, Pedro, "Longeva, parchada y deformada: qué hacer en 2017 con la Constitución de 1917", en *Nexos*, núm. 458, febrero, 2016, pp. 12-16.

[13] Ríos-Figueroa, Julio, "Fragmentation of Power and the Emergence of Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002", en *Latin American Politics and Society*, vol. 49, núm. 1, 2002, pp. 31-57.

[14] Lijphart, Arend, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, 1999; Magaloni, Beatriz, "Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law in Mexico", *op. cit.*

Un excesivo reformismo constitucional, por otro lado, tiene como consecuencia que arrebata arenas de batalla a la trinchera judicial. Hay que recordar que en una democracia constitucional existen, en principio, dos grandes intérpretes de las piezas constitucionales: el órgano reformador de la Constitución y la corte constitucional. Ambos, atados a diferentes lógicas, son los lectores últimos del texto constitucional. En este sentido, si el órgano reformador de la Constitución tiene la fuerza para modificar incesantemente el texto de ésta, entonces, muchos temas quedarán fuera de la agenda de la corte constitucional. No serán los ministros de la Suprema Corte quienes decidan si es viable la participación de privados en la industria petrolera o si el arraigo tiene cabida en el sistema penal. El activismo de la mayoría que modifica a la Constitución implica que un número no menor de discusiones quede fuera del campo de acción judicial.

Es cierto: después de una reforma constitucional, viene una cascada de reglas y decisiones administrativas que eventualmente serán controvertidas para tratar de fijar cierto significado de dicha reforma a la Constitución, trabajo que le corresponde enteramente a la Corte. Pero buena parte de las grandes preguntas constitucionales son contestadas por el órgano reformador de la Constitución. Esto, a su vez, abre la puerta a que, en respuesta a una decisión de la corte constitucional, las fuerzas políticas reviren mediante un ajuste legal. Un claro ejemplo fue la serie de casos que se presentaron en los últimos años en la Corte respecto a la posibilidad de considerar inconstitucional una reforma constitucional a través del juicio de amparo; es decir, la posibilidad de controlar judicialmente el juguete favorito de nuestros gobernantes. La respuesta a estas decisiones fue cancelar explícitamente en la nueva ley de amparo esta posibilidad en dicho medio de control constitucional. Así, el escenario extremo de esta flexibilización de la norma constitucional es que se siembre la semilla de la incertidumbre en uno de los puntos medulares para una corte constitucional: las garantías de su independencia. Más allá de los costos políticos que implicaría, lo cierto es que mientras sea sencillo en términos prácticos ajustar las tuberías de la Constitución, existe un mayor riesgo de que la autonomía de la Corte pueda ser vulnerada. Lo cual, sobra mencionar, no es menor al tener que asumir su papel de árbitro constitucional.

Ahora bien, a pesar de estos obstáculos vale preguntarse qué tanto ha cambiado la conversación constitucional en nuestro país en estos años. ¿Hay diferencias en el tipo de asuntos que conoce la Suprema Corte? ¿Es posible detectar una variación en la complejidad de las preguntas constitucionales que los litigantes han estado formulando? En breve: en estos años, ¿se ha elevado el nivel de conversación constitucional en nuestra Suprema Corte?

III. La nueva conversación constitucional

En 1997, cuando la Suprema Corte apenas tenía dos años de estrenar su empaque de tribunal constitucional, el PRI perdió la mayoría absoluta en la Cámara de Dipu-

tados, se inauguraba la era democrática en el país y una dinámica de régimen presidencial con gobierno dividido.[15] La fragmentación política, junto con un despertar de la sociedad civil que se venía gestando hace varios lustros,[16] resultó en un caldo social cuyas exigencias empezaron a procesarse a través de nuevos cauces institucionales. Uno de ellos fue, sin duda, la justicia constitucional. La Suprema Corte, entonces, de manera inevitable, empezó a ocupar un lugar central en la vida pública del país. Se erigió en el árbitro constitucional de la vida pública. El proceso para consolidar este nuevo rol no ha sido sencillo: ya esbozamos los principales obstáculos que ha tenido que sortear en estas últimas décadas. Lo cierto, sin embargo, es que, a pesar de estas dificultades, la conversación constitucional ha cambiado de manera significativa en el país en este mismo arco de tiempo: el nivel del diálogo respecto de la Constitución mejoró sustancialmente.

Un primer aspecto que vale destacar es el incremento de casos ante la Suprema Corte que evidencia su rol como árbitro constitucional para las fuerzas políticas en el contexto de un férreo pluralismo.[17] En efecto, la figura de la controversia constitucional, diseñada para proteger los principios del federalismo y la división de poderes, existe en el orden jurídico mexicano desde 1917. Sin embargo, desde ese año hasta 1994, apenas se presentaron 55 controversias ante la Suprema Corte, menos de una por año. Claramente en ese periodo no era un instrumento útil para la clase política para procesar sus conflictos. En 1995, cuando entró en vigor la reforma constitucional que apuntaló a la Corte como tribunal constitucional y rediseñó la figura de la controversia, se presentaron dos de éstas. Al año siguiente, fueron 10. Pero en 1997, el número saltó a 32. Y desde esta fecha hasta 2014, se presentaron 846; es decir, un promedio de casi 50 controversias constitucionales por año.[18]

A partir de ese momento empezó a gestarse un cambio en la proporción de casos que resolvía la Corte; de ser un tribunal que básicamente se dedicaba a discutir amparos, a partir de 1998 empezaron a despuntar las controversias constitucionales y las recién incorporadas acciones de inconstitucionalidad. En este año, por ejemplo, la proporción entre estos tres medios de control constitucional era la siguiente: 88.5% de juicios de amparo, 2.2% de acciones de inconstitucionalidad y 9.2% de controversias constitucionales. Más de tres lustros después, en 2014, el panorama era muy distinto: 21.2% de juicios de amparo, 21.2% de controversias constitucionales y 57.6% de acciones de inconstitucionalidad. Es cierto que el número de

[15] Silva-Herzog Márquez, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Planeta-Joaquín Mortiz, 1999.

[16] López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997; Aguilar Camín, Héctor, *México. La ceniza y la semilla*, México, Cal y Arena, 2000, pp. 81 y ss.

[17] Finkel, Jodi S., "Supreme Court Decisions on Electoral Rules after Mexico's 1944 Judicial Reform: and Empowered Court", en *Journal of Latin American Studies*, vol. 35, núm. 4, noviembre, 2003, pp. 777-799.

[18] Estos datos y el resto de los presentados en este trabajo fueron obtenidos del proyecto *Monitor judicial*, el cual compila diversas variables de los asuntos resueltos por el pleno de la Suprema Corte desde 1995 hasta 2014, respecto a controversias constitucionales, juicios de amparo, acciones de inconstitucionalidad y contradicciones de tesis. Esta base de datos es elaborada por Andrea Castagnola, Gustavo Marín Hernández y el autor de este texto.

juicios de amparo ha disminuido drásticamente en el Pleno de la Corte porque justo los ministros han decidido que la mayoría de éstos se resuelvan en alguna de sus dos salas. Sin embargo, lo cierto es que hoy en día cada una de las principales herramientas de la Suprema Corte, se utilizan de manera por demás activa. Esto es relevante en sí mismo por lo que implica en términos de la confianza de los sectores de la sociedad para acercarse a la Corte para procesar sus exigencias, pero también porque, finalmente, las diferencias técnicas entre cada uno de estos medios, con sus respectivas ventajas y limitaciones, permiten que se abran diferentes flancos para una lectura mucho más rica de la Constitución.

Desde otra perspectiva, es necesario subrayar que los casos que resuelve la Suprema Corte cada día se han vuelto más complejos, lo cual se ha traducido, a su vez, en una mayor división entre los ministros. En efecto, como se sabe, cada caso que conoce la Corte implica un conjunto de preguntas que precisamente deben resolver los ministros mediante el número correspondiente de rondas de votación. Es decir, por cada interrogante que los demandantes les plantean a los ministros, éstos tienen que votar si están de acuerdo o no con ésta. En este sentido, si revisamos, por ejemplo, el número de rondas de votación que implicaron los casos que resolvieron en 1997 los ministros, encontramos no más de 200 rondas de votación. Los casos eran sencillos, en su mayoría no se traducían en más de un cuestionamiento e, inclusive, en no pocos amparos, al ser tan similares entre sí, los ministros los agrupaban y con una o dos rondas de votación podían llegar a resolver decenas de este tipo de casos. Al año siguiente, sin embargo, el número de rondas de votación ascendió a 466 y el siguiente, en 1999, a 621. De esta manera tenemos que en el periodo de 1998 a 2014, el promedio anual de rondas de votación en el Pleno de la Corte ha sido prácticamente de 415. Esto significa que los casos que resuelven los ministros son cada vez más difíciles, con planteamientos sostenidos por cadenas de interrogantes que exigen respuestas con matices y acentos.

Este viraje en el tipo de casos que llegan a la Suprema Corte se ha acompañado a su vez con una mayor división entre los ministros. Es cierto: la Corte mexicana al día de hoy sigue siendo un tribunal que tiende a resolver sus asuntos con mayorías sólidas e, inclusive, con votaciones unánimes. Pero si uno revisa la evolución de las votaciones de los ministros desde 1995 hasta 2014, lo que encontramos es una tendencia a tener más votaciones divididas. Veamos: en 1998, sólo el 10% de las votaciones de los ministros fueron divididas. Dos años después, las votaciones divididas ascendieron a un 18%. En 2005, la brecha se amplió a un 32% de votaciones divididas. En 2014, casi veinte años después de la Corte como tribunal constitucional, poco más del 50% de las votaciones de los ministros fue dividida. Esto no significa, por supuesto, que no hayan sido capaces de aglutinar mayorías que se tradujesen en decisiones. El punto a destacar es que el tipo de casos que llegan a la Corte, y la discusión entre los ministros que se genera a partir de éstos, inevitablemente está resultando en una diferencia entre ellos respecto a la respuesta constitucional que exigen los demandantes. Hoy en día, no hay duda: hay una batalla entre los ministros de la Corte por establecer ciertos significados de la Constitución como los dominantes.

Este fenómeno, sin duda, es fruto de varios factores. Es necesario considerar, en primer lugar, el tipo de planteamientos que los demandantes hacen en sus exigencias judiciales. Pero también es determinante el perfil de los abogados que en estas últimas décadas han asumido el cargo de ministros en la Suprema Corte, así como la independencia de éstos. Este es uno de los cambios más relevantes en la Corte: la trayectoria de los moderadores de la conversación constitucional. Aun con sus respectivas diferencias, los estudios que existen al respecto ofrecen dos conclusiones clave: durante los años de la hegemonía del PRI, por un lado, un grupo relevante de los ministros de la Corte había ocupado previamente un cargo político y, por el otro, no era inusual que renunciaran antes de concluir su puesto para continuar su carrera política al ocupar un cargo en el poder ejecutivo o legislativo.[19]

La influencia del presidente de la República sobre la Suprema Corte convirtió a ésta en la banca de personajes de la política que esperaban su turno para regresar a la cancha de los poderes representativos. Esto cambió de manera importante a partir de 1995. Hoy en día, existe una discusión respecto al perfil que deben tener los ministros de la Suprema Corte, en buena medida aguijoneada por una legítima insatisfacción respecto a la baja calidad de varios de los abogados que han llegado a la Corte en tiempos democráticos.[20] Pero, con independencia de esta discusión, medular para el futuro de nuestra justicia constitucional, lo cierto es que a la distancia se pueden enarbolar dos avances decisivos: por un lado, el enorme costo que implica para un presidente de la República impulsar como ministro de la Corte a un abogado cercano a su grupo político y, además, el hecho de que ningún ministro ha abandonado a ésta para asumir un cargo público que esté a la sombra del presidente o atado a la lógica política-partidista. Si bien estos logros no son suficientes para consolidar los perfiles idóneos de los ministros para nuestra incipiente democracia, sí aseguran un mínimo de independencia para que los ministros se aboquen a la discusión de los asuntos y gocen de la libertad para disentir respecto al significado constitucional de éstos.

Desde 1995 los casos que resuelve la Suprema Corte implican cada vez un mayor número de preguntas a los ministros, más rondas de votación para definir su suerte y más votaciones divididas entre los ministros, es importante destacar ahora cómo ha cambiado la sustancia de estas preguntas. Es decir, como se sabe, un aspecto medular de la justicia constitucional es el calibre de las interrogantes que la sociedad formula a los tribunales. Mientras no exista una estructura de apoyo por parte de la sociedad civil que sea capaz de procesar el variopinto mosaico de la problemática social en interrogantes creativas y agudas a las cortes constitucionales, entonces, difícilmente éstas tendrán oportunidad para robustecer su discusión e hilvanar una

[19] Domingo, Pilar, "Judicial Independence: the Politics of the Supreme Court in Mexico", en *Journal of Latin American Studies*, vol. 32, núm. 3, 2000, pp. 705-735; Magaloni, Beatriz, "Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law in Mexico", *op. cit.*; Caballero, José Antonio, "Amparos y *abogángsters*. La justicia en México entre 1940-1968", en Servín, Elisa (coord.), *Del nacionalismo al neoliberalismo, 1940-1944*, México, CIDE-Fondo de Cultura Económica-Conaculta-INERHM-Fundación Cultura de la Ciudad de México, 2010, pp. 128-181.

[20] López Noriega, Saúl, "La Suprema Corte en su encrucijada", en *Nexos*, núm. 454, octubre, 2015, pp. 26-27.

narrativa constitucional sofisticada.[21] Las esgrimas judiciales de los litigantes son, pues, clave para elevar la conversación constitucional de una sociedad.

En este sentido, en el juicio de amparo, en los primeros años de la Corte como tribunal constitucional, en buena medida, los puntos de ataque se sostenían de disposiciones constitucionales relacionadas con el principio de legalidad, formalidades del proceso legislativo o de la aplicación de un acto de autoridad, así como de los principios de proporcionalidad y equidad de los impuestos. Con algunos chispazos en temas laborales, esta tendencia se mantuvo hasta 2000, momento en que el pleno de la Suprema Corte empezó a conocer amparos que argüían violaciones a disposiciones de la Constitución enteramente novedosas. En efecto, a partir de ese año se sumaron argumentos relacionados con el derecho a la educación, al acceso a la información gubernamental, a la salud, a un sistema de justicia neutral, a la no discriminación, a la libertad de expresión, derechos colectivos propios de los pueblos indígenas, derechos sexuales y reproductivos, garantías mínimas en el proceso penal y un largo etcétera que abarca inclusive esa excentricidad de nuestra justicia constitucional, y que en otros países no es más que una ociosidad académica:[22] la inconstitucionalidad de reformas constitucionales por no ceñirse a su procedimiento o por vulnerar el núcleo duro del orden constitucional.

En cuanto a las controversias de constitucionalidad y las acciones de inconstitucionalidad, en los primeros años democráticos la mayoría de los casos se centraron en discusiones respecto a su procedencia. Es decir, los ministros apenas aprendían las reglas básicas procesales de estas dos nuevas figuras y sus debates giraban en torno a qué, quién, cómo y cuándo podían entrar al fondo de temas presentados a través de estos medios de control. Pronto, no obstante, se plantearon cuestionamientos inéditos. No debe sorprender: el nuevo contexto sociopolítico orilló a que las fuerzas políticas y la sociedad civil volteasen a leer por primera vez la Constitución. Sobra mencionar que es difícil elegir las preguntas más relevantes que se le han planteado en estos cuatro lustros a la Corte, pues sin exagerar cada año los ministros resuelven decenas de casos por demás relevantes. No obstante, con ánimo meramente ejemplificativo aquí va un ramillete de los cuestionamientos, en sus principales medios de control, que han marcado un punto de inflexión en la conversación constitucional en tiempos democráticos.

¿Acaso no atenta en contra del federalismo una investigación auspiciada por el gobierno federal en contra del gobernador de una entidad federativa?[23] ¿Existe alguna garantía en la Constitución federal que proteja la autonomía e inamovilidad de los poderes judiciales locales frente a los congresos locales?[24] ¿Es posible plantear

[21] Epp, Charles R., *The Rights Revolution. Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, The University of Chicago Press, 1998; del mismo autor, "Courts and the Rights Revolution", en Hall, Kermit L. y McGuire Kevin T. (coords.), *The Judicial Branco*, Oxford University Press, 2005, pp. 343-374.

[22] Jacobsohn, Gary J., "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective", en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 3, julio, 2006, pp. 460-487.

[23] Controversia constitucional 11/95.

[24] Amparo en revisión 2639/96.

la inconstitucionalidad de la ley del juicio de amparo?[25] ¿Procede el juicio de amparo para impugnar actos del Consejo de la Judicatura Federal?[26] ¿Es inconstitucional una legislación local que establece un esquema por indicadores de interrupción del embarazo?[27] ¿Cómo debe ser la distribución de competencias en el tema energético de acuerdo con los principios de reserva de ley del Congreso de la Unión y la facultad reglamentaria del presidente de la República?[28] ¿Cuál es la jerarquía de los tratados internacionales dentro del sistema jurídico?[29] ¿Tiene facultad el ejecutivo federal para vetar el presupuesto de egresos?[30] ¿Cómo debe ser la transición de tecnología analógica a digital del espectro radioeléctrico para efectos de asegurar un escenario mediático de acuerdo con principios democráticos y de libre competencia?[31] ¿Acaso el Senado de la República tiene facultad para objetar el nombramiento de órganos desconcentrados de la administración pública federal como la Cofetel?[32] ¿Cuáles son los límites y alcances constitucionales del fuero militar?[33] ¿A qué orden de gobierno le corresponde la facultad de decidir el suministro de la "píldora del día siguiente"?[34] ¿Es constitucional la legislación local que amplía la definición de matrimonio para parejas del mismo sexo?[35] ¿Las personas morales son titulares de derechos fundamentales?[36] ¿Es posible que la jurisprudencia de la Suprema Corte sea objeto de control de constitucionalidad y convencionalidad a cargo de los jueces nacionales si consideran que ésta vulnera un derecho fundamental?[37]

Se trata de apenas algunos mordiscos al pastel de casos relevantes de la Suprema Corte en estos años democráticos. Las respuestas de los ministros a estas preguntas no siempre han sido del todo satisfactorias, sobre todo por la raquítica argumentación que usualmente ofrecen para apuntalar sus decisiones. Cierto: si en un rubro la Corte ha quedado a deber es justo en liderar una nueva ciencia constitucional, sus aportaciones a la narrativa constitucional es una historia de claroscuros. En ciertos temas —por ejemplo, libertad de expresión,[38] o derechos reproductivos—[39] han aportado argumentos realmente de avanzada. Pero cuando pareciese que

---

25 Amparos en revisión 1133/96, 2138/96 y 2696/96.

26 Amparos en revisión 3263/97 y 1218/98.

27 Acción de inconstitucionalidad 10/2000.

28 Controversia constitucional 22/2001.

29 Amparo en revisión 537/2002.

30 Controversia constitucional 09/2004.

31 Acción de inconstitucionalidad 26/2006.

32 Amparo en revisión 1067/2007.

33 Amparo en revisión 989/2009.

34 Controversia constitucional 54/2009.

35 Acción de inconstitucionalidad 2/2010.

36 Contradicción de tesis 360/2013.

37 Contradicción de tesis 299/2013.

38 Pou, Francisca, "La libertad de expresión y sus límites", en Caballero, José Luis *et al.* (coord.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, UNAM-SCJN-Konrad Adenauer, t. I, 2013, pp. 903-948.

39 Madrazo, Alejandro y Vela, Estefanía, "The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution?", en *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, junio, 2011, pp. 1863-1893.

finalmente va a dar el salto para ser un tribunal constitucional con argumentaciones complejas, sólidas, se pierde en formalismos y concepciones del derecho enteramente anacrónicas. No obstante, si bien aún falta por avanzar, no hay duda que los cuestionamientos que nutren a la conversación constitucional son cada vez más complejos y sustanciosos.

Esto se debe también a que el sustrato institucional de esta conversación ha cambiado en estos años. En efecto, a lo largo de estas décadas, ha habido varias reformas a la Constitución que han impactado de manera directa en la justicia constitucional. Por una parte, se han sumado más personajes a la conversación constitucional. Esto es, se han agregado más sujetos legitimados para utilizar alguno de los instrumentos de revisión constitucional. En el caso de las controversias constitucionales, por ejemplo, se estableció de manera explícita que los órganos constitucionales autónomos, cuyo número ha aumentado de manera importante en los últimos años, puedan utilizar esta figura para resolver conflictos competenciales entre sí o frente al ejecutivo o legislativo federal. En el caso de las acciones de inconstitucionalidad, se abrió la puerta a los partidos políticos para impugnar leyes electorales, al ejecutivo federal para atacar leyes federales y locales, a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y sus órganos equivalentes locales para cuestionar leyes, federales o locales según el caso, en materia de derechos humanos, así como al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales para revisar la constitucionalidad de leyes federales, locales y tratados internacionales en dichas materias, además de las instituciones locales análogas respecto a leyes de su ámbito territorial. Esto es un signo positivo de que el árbitro constitucional, con todas sus limitantes, funciona y de ahí que más instituciones busquen participar en esta conversación.

El otro aspecto que cambió las coordenadas de la justicia constitucional son las reformas en materia de derechos humanos y juicio de amparo. Hay que recordar que una de las críticas más duras a la reforma de 1995, que robusteció a la Corte como tribunal constitucional, fue su falta de modernización del juicio de amparo.[40] Fue necesario esperar más de quince años para que se impulsaran esos cambios. En breve, esta reforma implicó estos cambios estructurales: se amplió la protección al abrir la posibilidad de que, mediante el amparo, se protegiesen derechos de nuestra Constitución, pero también aquellos establecidos en tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano; asimismo, se determinó que el amparo sirve para atacar, además de actos y normas jurídicas, las omisiones de las autoridades que violen algún derecho; una característica clave del amparo era que sus efectos sólo impactaban en aquellas personas que hubiesen impulsado el juicio, gracias a esta reforma se estableció un procedimiento para superar esta regla y expulsar del orden jurídico leyes

[40] Domingo, Pilar, "Judicial Independence: the Politics of the Supreme Court in Mexico", *op. cit.*, pp. 716-718; Ríos-Figueroa, Julio, "Fragmentation of Power and the Emergence of Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002", *op. cit.* pp. 35-40; Zaldívar, Arturo, "Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en México. A doce años de la reestructuración de la SCJN y a propósito de la reforma constitucional del 14 de septiembre de 2006", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, enero-junio, 2007, pp. 159-169; del mismo autor, "Control del poder, Suprema Corte y juicio de amparo en México", en Häberle, Peter y García, Domingo (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, México, UNAM, t. I, 2011, pp. 375-385.

inconstitucionales; por último, se eliminó como requisito para que el Poder Judicial de la Federación conociese de un amparo el interés jurídico para adoptar más bien como criterio de procedencia menos riguroso y formalista: el interés legítimo. Es un tema un tanto técnico, pero esta modificación abre la puerta para que un universo más amplio de problemáticas sociales se pueda procesar en la arena de la judicial.

En el caso de la reforma de derechos humanos, entre los cambios más relevantes destacan los siguientes: en sintonía con la reforma del juicio de amparo, se estableció que los derechos humanos ubicados en algún tratado internacional, ratificado por el Estado mexicano, tienen la misma posición jerárquica que la Constitución; otro cambio relevante fue la inclusión del principio *pro persona* como criterio clave para interpretar cualquiera de las aristas que giran alrededor de los derechos humanos; por otra parte, se estableció la obligación a todas las autoridades del Estado, sin importar el nivel de gobierno o si desempeñan una tarea legislativa, administrativa o judicial, de que en el ámbito de sus responsabilidades promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos; por último, tenemos que se insertó otro ramillete de obligaciones para el Estado mexicano: prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier afectación a un derecho, con el objetivo de que haya consecuencias puntuales para el responsable de la vulneración y, en la medida de lo posible, ésta sea reparada.

IV. Algunas asignaturas pendientes

A pesar de los desafíos que enfrentó nuestro árbitro constitucional, el nivel de su debate se ha elevado en los últimos años. Esto no sólo es mérito de la Suprema Corte. En general, es resultado de los cambios profundos que han sufrido diversos ámbitos de la sociedad. En ocasiones, inclusive, se podría decir que hay una buena discusión constitucional a pesar de los ministros. ¿Qué podemos esperar, entonces, en el futuro respecto de nuestro árbitro constitucional? Lo más probable es que la fiesta del reformismo y de la demagogia constitucional continúe durante varios años más. La Corte deberá seguir trabajando en un escenario marcado por estas excentricidades. Pero a pesar de las limitaciones que esto implica, hay varios desafíos que bien se pueden sortear para mejorar nuestra justicia constitucional. Es decir, es necesario mejorar el empaque institucional de la Corte de tal manera que sus decisiones tengan un mayor impacto al enraizar la Constitución en la realidad. El objetivo ahora, hay que tenerlo presente, no consiste en erigir un árbitro constitucional sino en fortalecerlo.

Algunos temas de esta lista de pendientes son los siguientes: reestructurar el procedimiento de decisión de la Corte que coadyuve a decisiones apoyadas en argumentaciones más robustas, y que permita que la opinión pública ponga atención en las sentencias y no en las discusiones mediáticas de los ministros.[41] Eliminar,

[41] Pou, Francisca, "Cambio constitucional y la arquitectura institucional de la Suprema Corte", en Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl (coords.), *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática de México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 63-103.

por otra parte, la exigencia de una mayoría calificada para realizar declaraciones de invalidez tanto en las controversias constitucionales como en las acciones de inconstitucionalidad,[42] ya que esto ocasiona que el impacto de las sentencias de la Corte sea muy limitado. En este sentido, valdría estirar el efecto de las sentencias a las autoridades administrativas y repensar el procedimiento para que las decisiones en el juicio de amparo tengan un efecto general al calificar la constitucionalidad de una ley, pues el que existe actualmente dificulta conseguir tal impacto.[43] Otro pendiente consiste en rediseñar la manera de confeccionar la jurisprudencia, a partir de una reflexión sobre el papel que deben tener las sentencias de la Corte frente a los tribunales inferiores y a los litigantes.[44] Y, por supuesto, la Corte debe hacer un esfuerzo por repensar su estrategia de comunicación con el propósito de explicar mejor sus decisiones y, más importante aún, la cadena argumentativa de éstas.[45]

Varios de estos ajustes puede realizarlos la misma Suprema Corte, sin el apoyo de los poderes representativos para impulsar cambios legislativos o constitucionales. Ahí debe empezar la siguiente etapa de la justicia constitucional mexicana. Ese es el trabajo que se ha esperado desde la Corte durante estos años. A menos, por supuesto, que estemos ante un escenario que difícilmente alguien pudo haber apostado en los albores de la democracia mexicana: que nuestros ministros carezcan de la ambición y creatividad para fortalecerse como árbitros constitucionales y cumplir con las exigencias de nuestra joven democracia. De ahí que hoy, más que nunca, el futuro del árbitro constitucional dependa de los abogados que asuman el cargo de ministro.

V. Bibliografía

Aguilar Camín, Héctor, *México. La ceniza y la semilla*, México, Cal y Arena, 2000.

Caballero, José Antonio *et al.*, "La Suprema Corte y el sistema nacional de impartición de justicia: ¿a dónde va la reforma judicial?", en Ferrer, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM-IMDPC-Marcial Pons, t. II, 2008, pp. 39-59.

Caballero, José Antonio, "Amparos y *abogángsters*. La justicia en México entre 1940-1968", en Servín, Elisa (coord.), *Del nacionalismo al neoliberalismo, 1940-1944*, México, CIDE-Fondo de Cultura Económica-Conaculta-INERHM-Fundación Cultura de la Ciudad de México, 2010, pp. 128-181.

[42] Finkel, Jodi S., "Supreme Court Decisions on Electoral Rules after Mexico's 1944 Judicial Reform: and Empowered Court", *op. cit.*, p. 798.

[43] Hernández Macías, Juan Luis, "La declaratoria general de invalidez, ¿arma sin filo?", en el blog El juego de la Suprema Corte, 9 de julio de 2014. Disponible en: *http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3923*.

[44] Magaloni, Ana Laura, "La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional", Cuaderno de trabajo, núm. 57, CIDE, 2011.

[45] Staton, Jeffrey K., *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*, Cambridge University Press, 2010.

CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México: Siglo XXI, 1978.

CASAR, María Amparo, "El fetichismo constitucional", en *Nexos*, núm. 422, febrero, 2013, pp. 13-17.

COSSÍO, José Ramón y FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El poder judicial en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

COSSÍO, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998.

DOMINGO, Pilar, "Judicial Independence: the Politics of the Supreme Court in Mexico", en *Journal of Latin American Studies*, vol. 32, núm. 3, 2000, pp. 705-735.

ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, 1988.

EPP, Charles R., *The Rights Revolution. Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, The University of Chicago Press, 1998.

———, "Courts and the Rights Revolution", en HALL, Kermit L. y MCGUIRE, Kevin T. (coords.), *The Judicial Branco*, Oxford University Press, 2005, pp. 343-374.

FINKEL, Jodi S., "Supreme Court Decisions on Electoral Rules after Mexico's 1944 Judicial Reform: and Empowered Court", en *Journal of Latin American Studies*, vol. 35, núm. 4, noviembre, 2003, pp. 777-799.

———, *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru and Mexico in the 1990s*, University of Notre Dame Press, 2008.

FIX-FIERRO, Héctor, "La reforma judicial en México, ¿de dónde viene?, ¿hacia dónde va?", en *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 2, 2002, pp. 251-324.

———, "Jorge Carpizo, la jurisdicción constitucional y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en ASTUDILLO, César y FIX-FIERRO, Héctor (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 29-56.

GARGARELLA, Roberto *et al.*, *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Frank Cass, 2004.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "El papel del poder judicial en la transición a la democracia", *Isonomía*, México, núm. 18, abril, 2003, pp. 27-46.

HERNÁNDEZ MACÍAS, Juan Luis, "La declaratoria general de invalidez, ¿arma sin filo?", en el blog El juego de la Suprema Corte, 9 de julio de 2014. Disponible en: *http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3923*.

INCLÁN OSEGUERA, Silvia, "Judicial Reform in Mexico: Political Insurance or the Search for Political Legitimacy?", en *Political Research Quarterly*, vol. 62, núm. 4, 2009, pp. 753-766.

JACOBSOHN, Gary J., "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective", en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 3, julio, 2006, pp. 460-487.

LIJPHART, Arend, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, 1999.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997.

LÓPEZ NORIEGA, Saúl, "Constitución sin constitucionalistas", en *Nexos*, núm. 434, febrero, 2014, pp. 48-49.

———, "La Suprema Corte en su encrucijada", en *Nexos*, núm. 454, octubre, 2015, pp. 26-27.

MADRAZO, Alejandro y VELA, Estefanía, "The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution?", en *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, junio, 2011, pp. 1863-1893.

MAGALONI, Ana Laura, "La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional", Cuaderno de trabajo, núm. 57, CIDE, 2011.

MAGALONI, Beatriz, "Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law in Mexico", en MAINWARING, Scott y WELNA, Christopher (eds.), *Democratic Accountabilty in Latin America*, Oxford University Press, 2003, pp. 266-305.

POU, Francisca, "La libertad de expresión y sus límites", en CABALLERO, José Luis *et al*. (coord.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, UNAM-SCJN-Konrad Adenauer, t. I, 2013, pp. 903-948.

———, "Cambio constitucional y la arquitectura institucional de la Suprema Corte", en CASTAGNOLA, Andrea y LÓPEZ NORIEGA, Saúl (coords.), *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática de México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 63-103.

RÍOS-FIGUEROA, Julio, "Fragmentation of Power and the Emergence of Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002", en *Latin American Politics and Society*, vol. 49, núm. 1, 2002, pp. 31-57.

SALAZAR UGARTE, Pedro, "Longeva, parchada y deformada: qué hacer en 2017 con la Constitución de 1917", en *Nexos*, núm. 458, febrero, 2016, pp. 12-16.

SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Planeta-Joaquín Mortiz, 1999.

———, "El fin de la siesta constitucional", en CASAR, María Amparo y MARVÁN, Ignacio (coords.), *Gobernar sin mayoría. México 1867-1997*, México, CIDE-Taurus, 2002, pp. 369-387.

STATON, Jeffrey K., *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*, Cambridge University Press, 2010.

ZALDÍVAR, Arturo, "Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en México. A doce años de la reestructuración de la SCJN y a propósito de la reforma constitucional del 14 de septiembre de 2006", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, enero-junio, 2007, pp. 159-169.

———, "Control del poder, Suprema Corte y juicio de amparo en México", en HÄBERLE, Peter y GARCÍA, Domingo (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, México, UNAM, t. I, 2011, pp. 375-385.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y DEBIDO PROCESO*

José Ovalle Favela**

Sumario: I. *Introducción*. II. *Derecho constitucional sobre el proceso*. III. *El debido proceso legal*.

I. Introducción

Cuando a finales de diciembre de 2015 recibí la invitación para participar en el libro de homenaje a Eduardo J. Couture, acepté con mucho gusto y manifesté a los organizadores mi satisfacción por la iniciativa de honrar la memoria de tan valioso autor. Couture es uno de los grandes autores clásicos que mayor influencia ha ejercido en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia en Iberoamérica, cuya obra trascendió, además, a la cultura jurídica europea.

Me resulta difícil decir cuál de las obras de Couture ha ejercido mayor influencia en mí. En todas ellas he recibido claridad y profundidad en sus conceptos y elegancia en su escritura. Es un gran clásico porque, a pesar de que falleció hace 60 años, sus obras conservan una gran actualidad y en muchos temas su lectura resulta imprescindible.

Desde luego, sus *Fundamentos del derecho procesal civil* han sido la obra esencial en mis tareas de profesor e investigador universitario. En los concursos de oposición en los que participé en la Facultad de Derecho de la UNAM para obtener la titularidad de las asignaturas de Teoría general del proceso (octubre de 1975) y Derecho procesal civil (febrero de 1976), las ideas de Couture fueron básicas para mis exposiciones orales ante los alumnos y los miembros del jurado.

---

* Artículo preparado para el libro de homenaje a Eduardo J. Couture, al cumplirse 60 años de su fallecimiento. Se han hechos varias modificaciones para su publicación en México.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho, ambos de la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal.

Después, en la redacción de mis libros de texto *Derecho procesal civil*[1] y *Teoría general del proceso*,[2] los *Fundamentos* y otros trabajos de Couture fueron mis guías fundamentales, al lado de las obras de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y de Héctor Fix-Zamudio. Por motivos de edad no tuve la oportunidad de ser alumno de Alcalá-Zamora, y por la distancia que había entre los edificios del Instituto de Investigaciones Jurídicas en los que trabajábamos, lo pude tratar muy poco. El mayor acercamiento se dio algunos meses antes de que regresara a España, a principios de 1977. Sin embargo, la obra de Alcalá-Zamora me resultó fundamental en la preparación de mis libros de texto. Con Héctor Fix-Zamudio inicié una amistad desde que yo era alumno de la Facultad de Derecho de la UNAM, que afortunadamente se ha prolongado hasta la fecha. El ensayo para una clasificación del derecho procesal, que expone en su libro *El juicio de amparo*,[3] es la base de varios capítulos de mi *Teoría general del proceso*.

Couture, Alcalá-Zamora y Fix-Zamudio fueron y son mis grandes maestros del derecho procesal, como sin duda lo son del procesalismo iberoamericano.

II. Derecho constitucional sobre el proceso

En este trabajo deseo ocuparme, en primer lugar, de uno de los artículos esenciales de Couture, que conocí con motivo de la lectura del libro de Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*.[4] Me refiero a su clásico ensayo "Las garantías constitucionales del proceso civil".[5] También aludiré a otros trabajos sobre temas relacionados.

A pesar de que desde los orígenes del constitucionalismo del siglo XVIII los derechos humanos y las garantías procesales fueron objeto de las declaraciones de derechos y de las Constituciones, durante mucho tiempo existió una disociación entre el estudio de las normas constitucionales y el estudio de las normas procesales. Los estudios de derecho constitucional y los de derecho procesal se hacían en forma completamente separada, como si ninguna de esas dos ramas de la ciencia jurídica tuviese relación con la otra; como si las normas procesales no tuvieran su fundamento en las normas constitucionales, y como si éstas no requiriesen de las normas procesales para lograr su aplicación en caso de controversia.

Eduardo J. Couture fue uno de los primeros autores —si no es que el primero— que puso de manifiesto esta gran disociación y se propuso "mostrar en qué medida

[1] Ovalle Favela, José, México, Harper & Row Latinoamericana (Harla), 1980; México, Oxford University Press, 2013.

[2] Ovalle Favela, José, México, Harper & Row Latinoamericana (Harla), 1991; Oxford University Press, 2016, en prensa.

[3] México, Porrúa, 1964.

[4] México, UNAM, 1974.

[5] Fue publicado originalmente en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Editar, 1946; e incluido en sus *Estudios de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1978. En México se publicó en *Anales de Jurisprudencia*, México, tomos LXV y LXVI, abril-mayo y julio-septiembre de 1950; así como en *Foro de México*, núms. 29 y 30, agosto y septiembre de 1955.

el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementarias son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución".[6]

En su trabajo el procesalista uruguayo apuntaba, con acierto, algunos aspectos en los que las orientaciones políticas de las Constituciones no eran seguidas puntualmente por sus leyes reglamentarias:

> …el proceso escrito que domina la casi totalidad de los países de origen hispanoamericano, restringe de modo extraordinario el principio de publicidad que forma la esencia del sistema democrático de gobierno; el nombramiento de los jueces por el Poder Ejecutivo constituye, en sus últimos términos, una contradicción con la teoría republicana de la división de poderes; el costo de la justicia, que la hace para unos tan fácil y para otros de tan difícil obtención, atenta contra el precepto de que ante ella, como ante la ley, todos los hombres son iguales "sin más distinción que la de sus talentos o sus virtudes".[7]

Para Couture, la doctrina procesal tenía una labor muy significativa por desarrollar: la del examen de las instituciones procesales desde el punto de vista constitucional. Si se admitía en la teoría general que la *Constitución* era el fundamento de validez del derecho procesal civil, una vez determinado con precisión científica ese fundamento, la doctrina publicista podía extender su campo de aplicación a una teoría constitucional del proceso civil.[8]

El procesalista realizó el examen de las principales instituciones procesales desde el punto de vista constitucional, en cinco rubros: *a)* acción; *b)* excepción; *c*) actos procesales y debido proceso legal; *d)* sentencia y jurisdicción, y *e*) *Constitución* y *Ley Orgánica*.

Sobre el primer rubro, Couture sostuvo que la acción constituye una forma típica del derecho de petición. Éste es el género; la acción es la especie.[9] Afirmaba que el derecho constitucional de petición "no es otra cosa que el derecho de comparecer ante la autoridad".[10] Pero que este derecho asumía ante el poder judicial una característica particular: "En tanto que ante otros poderes configura sólo una relación entre el particular y la autoridad, ante el Poder Judicial involucra a un tercero, que se ve, así, aun contra su voluntad, envuelto en la petición".[11]

En cuanto a la excepción, Couture afirmó que lo que se da al demandado es la eventualidad de la defensa. Esta defensa, en cuanto a su contenido, podrá ser fundada o infundada; podrá ejercerse o no ejercerse; podrá ser acogida o rechazada en la sentencia. El orden jurídico no pregunta si el demandado tiene o no buenas razones para oponerse. Sólo quiere dar, a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer

---

6 *Ibidem,* p. 153. Las citas están referidas a la publicación original.

7 *Ibidem*, pp. 154-155.

8 *Ibidem*, p. 157.

9 *Ibidem*, p. 169.

10 *Ibidem*, p. 165.

11 *Ibidem*, p. 167.

valer las razones que tuviere. De esta manera, el derecho de defensa en juicio "no es el derecho sustancial de las defensas, sino el puro derecho procesal de defenderse".[12]

Por esta razón sostenía que la "posibilidad de aducir excepciones, cualesquiera que sean ellas, fundadas o infundadas, oportunas o inoportunas, es, en sí misma, la garantía de la defensa en juicio", y que con este significado lato, la palabra *excepción* tiene el equivalente de defensa en juicio: "El excepcionante es el que se defiende, con o sin razón, atacando el derecho, el proceso o algún acto concreto de éste. *Excepción y defensa en juicio,* en nuestro idioma... son sinónimos".[13]

Para nuestro autor, la excepción "no es sino el instrumento técnico de realización de la garantía del proceso debido".[14]

En relación con los actos y el debido proceso, el procesalista uruguayo consideraba que la garantía del proceso debido sólo se puede satisfacer a través del proceso. Un procedimiento, en el estilo que se da a esta palabra en el derecho policial, en ciertas ramas del derecho administrativo, o, aun, en el derecho judicial propiamente dicho al referirse a la jurisdicción voluntaria, no constituye una garantía para nadie. "Nuestro texto constitucional utilizó, pues, acertadamente la palabra *proceso* en el sentido que tiene actualmente esa palabra. La garantía de defensa se desenvuelve sólo en el proceso y no fuera de él".[15] Couture afirmaba:

> …cuando la *Constitución* establece que nadie debe ser condenado sin forma de proceso (*due process of law*, en su sentido más estricto), consagra implícitamente el principio de que nadie puede ser condenado por un proceso cualquiera, es decir por una farsa de proceso, de esos tan increíblemente frecuentes a lo largo de la historia. El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricción al demandado. El proceso, que es en sí mismo sólo un medio de realización de la justicia, viene a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma.[16]

Al referirse a la Constitución y la ley orgánica del poder judicial, nuestro autor sostuvo que de la elección de los jueces depende la suerte de la justicia: "Será buena si la ley permite elegir hombres buenos; será mala si la ley autoriza elegir hombres malos. El problema de la elección del juez resulta ser, en definitiva, el problema de la justicia".[17]

Couture se refería a las garantías constitucionales de la jurisdicción, a las que agrupaba en las tres siguientes: *a) la garantía de independencia*, apoyada en el principio de la división de poderes y la cual debe permitir a los juzgadores emitir sus decisiones conforme a su propia certeza de los hechos y de acuerdo con el derecho que estimen aplicable, sin tener que acatar o someterse a indicaciones o sugestiones

[12] *Ibidem*, p. 174.
[13] *Ibidem*, p. 180. Cursivas nuestras.
[14] *Ibidem*, p. 181.
[15] *Ibidem*, p. 184.
[16] *Ibidem*, pp. 156-157.
[17] *Ibidem*, p. 203.

provenientes de sus superiores jerárquicos o de miembros de los otros poderes; *b) la garantía de autoridad*, la cual hace posible que los juzgadores estén en condiciones de lograr el cumplimiento efectivo de sus resoluciones, y *c) la garantía de responsabilidad*, que debe permitir exigir en forma institucional la responsabilidad civil, disciplinaria y penal de los juzgadores, por los actos ilícitos en que incurran.[18]

Sin la garantía de independencia el juzgador no puede cumplir su misión fundamental de impartir justicia; deja de ser juez y se convierte en simple ejecutor de decisiones ajenas. Sin la garantía de autoridad, las resoluciones de los juzgadores devienen simples recomendaciones o sugerencias; y sin la garantía de responsabilidad, los actos de los juzgadores pueden ingresar, sin ningún obstáculo ni sanción, en el terreno de la arbitrariedad y de la corrupción. Con toda razón, el procesalista iberoamericano advertía:

> Sin un efectivo régimen de responsabilidad judicial, todo el sistema de derecho corre riesgo. El poder decidir sobre el honor, la fortuna y la libertad de un semejante, constituye la suprema potestad en el orden humano. Del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre un recurso ante el Poder Judicial; en tanto que del despotismo del Poder Judicial no queda recurso alguno. Cuando se afirma que el Poder Judicial es la ciudadela de los derechos individuales, sólo se afirma la existencia de una penúltima instancia. La última la constituye la independencia, la autoridad y, sobre todo, la responsabilidad de los jueces.[19]

Couture reconocía que su doctrina contribuía a dar a todo el derecho procesal civil una coloración política, institucional, que no es frecuente en los libros que nos son familiares: "Esta rama, que por tanto tiempo fue considerada el simple menester de la rutina forense es, en sí (misma), el instrumento más directo de la realización de la justicia".[20]

El trabajo que comentamos de Couture tuvo una amplia repercusión[21] y, sin duda, muchas de sus proposiciones conservan plena validez. Algunos de sus planteamientos, como el de la necesidad de analizar la congruencia entre las orientaciones políticas de los textos constitucionales y las soluciones previstas en las leyes procesales y orgánicas, siguen requiriendo desarrollos más amplios.

En nuestro país, Héctor Fix-Zamudio ha analizado ampliamente el pensamiento de Couture y ha abordado el estudio sistemático de las normas constitucionales sobre el proceso civil de América Latina.[22] En esta obra, el procesalista y compara-

---

[18] *Ibidem*, pp. 205-208.

[19] *Ibidem,* p. 210.

[20] *Ibidem,* p. 212.

[21] La influencia de Couture en la doctrina procesal se advierte, entre otros, en los siguientes artículos: Bertoloni Ferro, Abraham, "Acerca de los principios fundamentales del proceso penal", *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, núm. I de 1951; Lovato, Isaac, "Principios constitucionales del derecho procesal", *Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado, de la Universidad Central del Ecuador*, Quito, enero-marzo de 1953; Liebman, Enrico Tullio, "Diritto costituzionale e processo civile", *Revista di Diritto Processuale*, núm. I de 1953.

[22] Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en América Latina*, México, UNAM, 1974.

tista mexicano esclarece el concepto de "garantías constitucionales", precisando sus diversos significados: *a)* como derechos humanos, *b)* como instrumentos para la protección de las disposiciones constitucionales y, finalmente, *c)* "como derechos subjetivos públicos conferidos expresa o implícitamente a los justiciables por las normas constitucionales, con el objeto de que puedan obtener las condiciones necesarias para la resolución justa y eficaz de las controversias en las cuales intervienen".[23] Es este último significado el que el autor utiliza para referirse a las garantías constitucionales del proceso civil, a las cuales designa con la expresión *derecho fundamental de justicia a través del proceso*.[24]

El propio Fix-Zamudio, siguiendo el pensamiento de Couture, ha propuesto en otro trabajo la creación de una nueva disciplina, el *derecho constitucional procesal*, cuyo objeto consistiría en "el examen de las normas y principios constitucionales que contienen los lineamientos de los instrumentos procesales".[25] A mí me parece más clara la expresión *derecho constitucional sobre el proceso*, pues evita la posibilidad de confundir esta disciplina con el derecho procesal constitucional y describe con mayor precisión su contenido.[26] Los sectores esenciales de los que se ocupa esta disciplina son tres: las garantías judiciales, las garantías de las partes y las garantías del proceso, que en México se conocen como formalidades esenciales del procedimiento.[27]

Estimo que resulta muy difícil hacer una clasificación de las garantías constitucionales del proceso, sobre todo si se toma en cuenta que todas ellas son derechos fundamentales de los justiciables, por lo que finalmente, en un sentido amplio, son garantías de las partes. Tanto las garantías judiciales como el proceso equitativo y razonable son condiciones que hacen posible a los justiciables el ejercicio de sus derechos. La competencia, la independencia y la imparcialidad del juez, el derecho al proceso, son condiciones que se establecen para tutelar los derechos de los justiciables.

III. El debido proceso legal

En un trabajo posterior, "El 'debido proceso' como tutela de los derechos humanos",[28] Couture expuso el concepto de debido proceso y sus orígenes en el derecho inglés y en el derecho norteamericano.

---

[23] *Ibidem*, pp. 25-30.

[24] *Ibidem*, p. 31.

[25] *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso", en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Porrúa, 1988, p. 467. Fix-Zamudio se ha ocupado de este tema en otros trabajos, entre los que podemos mencionar el libro que se cita en la nota 20, y los artículos "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho procesal constitucional", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977; "Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano", en *Memoria de El Colegio Nacional*, t. IX, núm. 4, 1981, México, 1982.

[26] *Cfr.* Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, Oxford University Press, 2005, p. 85.

[27] *Ibidem*, p. 87.

[28] *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, año 52, agosto-octubre de 1952, núms. 8-10, pp. 169-182.

Ubica el origen del *due process of law* en el artículo 39 de la *Magna Carta* firmada en 1215 por el rey Juan Sin Tierra. Este artículo disponía: "No freeman shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land".[29]

Es común considerar que originalmente la *Magna Carta* fue un pacto que los barones normandos y sajones hicieron firmar a Juan Sin Tierra, cuando éste enfrentaba la excomunión del Papa y la inminente invasión del rey de Francia, Felipe Augusto, y cuando Inglaterra estaba al borde de una guerra civil; así como que ese pacto tuvo como finalidad que el monarca ratificara los privilegios feudales de los barones.[30] Sin embargo, después de la muerte de Juan Sin Tierra, ocurrida en octubre de 1216, los monarcas de la dinastía Plantagenet que lo sucedieron confirmaron plenamente la vigencia de la *Magna Carta*, la cual pasó a formar parte de la tradición histórica y jurídica de Inglaterra. Entre 1327 y 1442 la *Magna Carta* tuvo nada menos que 44 confirmaciones.[31]

Por otro lado, aunque este pacto que ratificaba privilegios feudales estaba muy lejos de tener el sentido y el alcance de las declaraciones de derechos que surgen a partir del siglo XVII, sí significó la aceptación por parte de la monarquía del principio de la supremacía de la *law of the land* sobre los poderes de la Corona, y el reconocimiento de la garantía del *due process of law,* que ejercería una influencia decisiva en el contenido y la evolución de esas declaraciones de derechos y, en general, del constitucionalismo moderno.[32]

La expresión *freeman* hacía referencia originalmente a los barones normandos y sajones, aunque posteriormente acabó comprendiendo a todos los ciudadanos ingleses.[33] La *law of the land* fue entendida como el derecho reconocido y aplicado por los tribunales del *common law*, sobre todo a partir de las interpretaciones de Coke y Blackstone.[34] La parte central de la garantía, *the lawful judgement*, significó que los hombres libres no podían ser privados de sus derechos sino mediante un proceso legal, es decir, un proceso que respetara las formas del *common law*.[35] Esta garantía fue ampliada y fortalecida con los derechos que se reconocerían en la *Habeas Corpus Act* de 1679, el *Bill of Rights* de 1689 y la *Act of Settlement* de 1701.

---

29 "Ningún hombre libre podrá ser detenido ni preso, ni privado de sus derechos o de sus bienes, ni declarado fuera de la ley ni exiliado, ni perjudicado de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de un juicio legal de sus pares y según la ley de la tierra".

30 *Cfr*. Gillingham, John, "The Early Middle Ages", en Morgan, Kenneth O. (ed.), *The Oxford history of Britain*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 149-150.

31 *Cfr*. González, Nazario, *Los derechos humanos en la historia*, México, Alfa Omega Grupo Editor, 2002, p. 34.

32 *Cfr.* Vigoriti, Vincenzo, "Due process of law", *Studi Senesi*, vol. 1, Siena, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università, 1988, pp. 383-384.

33 *Cfr*. *Idem*, *Garanzie costituzionale del processo civile*, Milán, Giuffrè, 1973, p. 27.

34 *Ibidem*, p. 28.

35 *Ibidem*, pp. 28-29.

Couture destaca la existencia de un texto anterior a la Constitución estadunidense de 1787, la *Northwest Ordinance* del mismo año, instituida en el *Continental Congress* del Territorio del Noreste (Ohio, Indiana, Illinois, Michigan y Wisconsin), en cuyo artículo II se reconoció el *due process of law*.[36]

Sin embargo, la garantía del *due process of law* no fue prevista originalmente en la Constitución norteamericana de 1787. En la enmienda V, introducida en 1789 con el grupo de diez enmiendas a las que se llamó *Bill of Rights*, se reconoció el *due process of law*, pero referido sólo a la materia penal. En la parte conducente esta enmienda dispuso: "No person shall… be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty or property without due process of law…"[37]

No fue sino hasta la enmienda XIV, incorporada en 1868, cuando se estableció en forma general la garantía del *due process of law*. El primer párrafo de esta enmienda estableció:

> All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; *nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.[38]

A pesar que el *due process of law* nace como una garantía de toda persona para no ser privada de la vida, la libertad o la propiedad sino mediante un proceso legal que se apegue a los principios establecidos en la Constitución y en el *common law*, es decir, como una garantía procesal (*adjective due process of law*), la interpretación de la Suprema Corte norteamericana y la doctrina han considerado que esta garantía también protege a las personas en contra de disposiciones legislativas que no hayan tenido una regular y correcta elaboración, o que no resulten justas y razonables (*sustantive due process of law*). En este último sentido, el *sustantive due process of law* se suele identificar con *the law of the land*.[39]

Fue precisamente la enmienda XIV el fundamento para que John Marshall Harlan, miembro de la Suprema Corte norteamericana de 1877 a 1911, sostuviera que, a través del *due process of law*, el *Bill of Rights* introducido en 1789 en la Constitución Federal es obligatorio no sólo para los tribunales federales, sino también para

---

36 Couture, *op. cit.*, p. 171.

37 "Ninguna persona podrá… ser compelida a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal, ni será privada de la vida, la libertad o la propiedad sin el *debido proceso legal*".

38 "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los estados en que residen. Ningún estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; *tampoco podrá estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal*; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos".

39 *Cfr.* Couture, *op. cit.*, pp. 175-176.

los tribunales de los estados, criterio que ha venido siendo acogido por la Suprema Corte, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX.[40]

Vincenzo Vigoriti sostiene que en el término *due* se encierra toda la fuerza de la expresión. Este término "alcanza a comunicar algo más que una simple exigencia de corrección del proceso, que se propone como una obligación ética de justicia a observar en cualquier sector no sólo procesal. Es precisamente en este sentido que el *due process* —y precisamente el *sustantive due process*— asumirá, en un cierto periodo, un papel central en la experiencia norteamericana".[41]

En su aspecto procesal, como *adjective due process of law*, esta garantía funciona, en primer término, como garantía de un proceso correcto (*fair trial*) que asegure el respeto del principio de contradicción y los demás derechos procesales, entre los cuales destacan los siguientes: *a*) el derecho a ser informado oportunamente del posible acto de privación de derechos y a contar con una oportunidad razonable para preparar la defensa; *b*) el derecho a ser juzgado por un juez imparcial; *c*) el derecho a que el proceso se siga en forma oral (y público, en materia penal); *d*) el derecho a la prueba, y *e*) el derecho a ser juzgado con base en el expediente del proceso.[42]

El propio Vigoriti afirma que el sentido profundo de esta garantía constitucional es el de tutelar un núcleo central irrenunciable, un mínimo que en este momento histórico, dadas ciertas premisas ideológicas fundadas sobre la centralidad de los valores individuales, puede ser identificado con los derechos de acción y de defensa, entendidos como posibilidad concreta y efectiva de promover un proceso y de participar en él.[43]

En el trabajo objeto de este comentario, Couture abordó el tema de la tutela constitucional del proceso y puso de manifiesto cómo, a través de dos diversas "maneras de pensar" —las correspondientes a la tradición del *common law* y a la romano-germánica— era posible arribar a similares conclusiones. A partir del *due process of law* del derecho angloamericano (como concepción empírica), y de las teorías de los actos procesales de los juristas de la tradición romano-germánica (como concepciones dogmáticas), era fundado sostener la inconstitucionalidad de las leyes procesales que priven de la posibilidad de accionar, de defenderse, de producir prueba, de alegar, de impugnar la sentencia y de ser juzgado por jueces idóneos.[44]

Para nuestro autor, la teoría constitucional del proceso consiste en fijar los fundamentos y las soluciones que permitan establecer, frente a cada caso particular, pero a través de un criterio de validez general, si un proceso proyectado o regulado por la ley, es o no idóneo y apto para cumplir los fines de justicia, seguridad y orden que instituye la Constitución. Y si bien no era posible establecer una enumeración conclusiva para todos los derechos positivos, dicha teoría podía "sentar como proposición, la de que el legislador no puede, mediante una irrazonable restricción de

---

40 *Cfr.* Grant, J. A. C., "La declaración de derechos y la aplicación del derecho penal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 16-17, enero-agosto de 1973, pp. 72-73.

41 Vigoriti, *op. cit.*, p. 385.

42 *Ibidem*, pp. 393-394.

43 *Ibidem*, p. 394.

44 Couture, *op. cit.*, p. 182.

formas para la defensa del derecho, privar a una parte del atributo que la Constitución le asigna, de poder defender su derecho mediante un adecuado método de debate".[45]

Con posterioridad, Couture publicó el artículo "*La garanzia costituzionale del 'dovuto proceso legale'*",[46] que despertó gran interés en la doctrina italiana. Vittorio Denti recordaba, en relación con este trabajo de Couture, que "el papel de la comparación aparece esencial y emerge con claridad en un escrito de Eduardo Couture que se remonta a los inicios de los años cincuenta y que ha introducido, creo que por primera vez, el tema del *due process* en nuestra cultura procesal".[47]

Bajo la influencia del *due process of law*, y tomando como base los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, así como en su propia Constitución de 1948, la doctrina italiana ha desarrollado el concepto del proceso justo o equitativo.[48]

Las divergencias se iniciaron a partir de las distintas traducciones que se hicieron del artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este precepto reconoce a toda persona el derecho a ser oído, en condiciones de plena igualdad, por un tribunal independiente e imparcial, en una *fair and public hearing*, según la versión inglesa; en una *equa e pubblica udienza*, conforme a la traducción italiana; a ser oída públicamente y con justicia, en la española; a que su causa sea *entendue équitablement et publiquement*, en la francesa.

El artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos también ha recibido diferentes versiones en sus traducciones al español y al francés, así como al inglés y al italiano. Mientras en la versión oficial en francés se habla del *droit à un process équitable* y en la española del derecho a un proceso equitativo, en la versión inglesa se le llama el *right to a fair trail*, y en la italiana, el *diritto a un processo equo*.[49]

En el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se observa igualmente una traducción similar: en la versión inglesa se reconoce el derecho de toda persona "to a fair and public hearing"; en la italiana ese derecho es "ad un'equa e pubblica udienza"; en la francesa, es "à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement". En la traducción española se omite hacer referen-

---

45 *Ibidem*, p. 177.

46 *Rivista di Diritto Processuale*, núm. I de 1954.

47 *Cfr.* Denti, Vittorio, "Valori costituzionali e cultura processuale", en Pizzorusso, Alessandro y Varano, Vincenzo (eds.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistema giuridici contemporanei*, Milán, Giuffrè, 1985, p. 814.

48 *Cfr.* Chiavario, Mario, *Processo e garanzie della persona*, t. I, *Profili istituzionale di diritto processuale*, Milán, Giuffrè, 1982, pp. 3-12.

49 Sobre el derecho a un proceso equitativo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), véase Arangüena Fanego, Coral, "Introducción al derecho a un proceso equitativo y las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH, en particular, el derecho de acceso a un Tribunal", y García Roca, Javier y Vidal Zapatero, José Miguel, ambos en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los Derechos Humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

cia a la justicia o a la equidad y, en su lugar, se señala que la persona debe ser oída públicamente "y con las debidas garantías".

A partir del *diritto a un processo equo* la doctrina italiana ha hecho derivar el *diritto a un giusto processo*.[50] La idea del *processo equo*, aunque ha sido desarrollada sobre todo con base en la propia Constitución italiana de 1948 y en los tratados internacionales de derechos humanos de la segunda mitad del silgo XX, tiene orígenes que se remontan a la expresión *aequum iudicium* empleada por la retórica romana.[51]

Vittorio Denti afirmaba que la garantía del *giusto processo* se expresa en un conjunto de principios-guía: la imparcialidad del juez; la publicidad de la audiencia; la obligación de motivar las decisiones; el contradictorio; el derecho a la prueba.[52]

El concepto del *giusto processo* fue introducido en el artículo 111 de la Constitución italiana, por la ley constitucional de 23 de noviembre de 1999, número 2. Los dos primeros párrafos del artículo 111 fueron aprobados en los siguientes términos:

> *La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.*
>
> *Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.*[53]

Comoglio afirma que la noción de *giusto processo* compendia principios y garantías procesales ya consagradas en los tratados internacionales de derechos humanos, pero tomando en cuenta que tales principios y garantías de origen internacional, aun dotados de una cierta *forza di resistenza* al interior del ordenamiento jurídico italiano, no se elevan al rango de normas constitucionales, se imponía una expresa constitucionalización, la cual pudo obtenerse por la comunión de valores ideológicos y éticos que se encuentran subyacentes a esa noción, a fin de identificarlos como valores estables que funcionen como bases sistemáticas para la hermenéutica de la legislación ordinaria.[54]

Es evidente que Couture fue un pionero en el estudio y desarrollo de las garantías constitucionales del proceso, del derecho constitucional sobre el proceso, del

---

[50] *Cfr.* Cerami, Pietro, Di Chiara, Giuseppe y Miceli, Maria, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea; dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Turín, Giappichelli, 2003, p. 4.

[51] *Ibidem*, pp. 6-12. En un proceso en el que defendía a un inculpado sobre el cual se cernía una opinión pública completamente adversa, Cicerón sostuvo: "*nulla è tanto terrible per un uomo quanto l'ostile voce pubblica, nulla tanto desiderabile per un innocente vittima di tale ostilità quanto un equo giudizio, perché solo in questo è possibile reperire un punto fermo che faccia cadere le false difamazioni*" ("nada es tan terrible para un hombre como la hostil voz pública, nada tan deseable para un inocente víctima de tal hostilidad como un juicio equitativo, porque sólo en éste es posible encontrar un punto firme que haga caer las falsas difamaciones") (p. 7).

[52] Denti, *op. cit.*, p. 814.

[53] "La jurisdicción se ejerce mediante el justo proceso regulado por la ley. Todo proceso se desarrolla en el contradictorio entre las partes, en condiciones de igualdad, ante un juez tercero e imparcial. La ley asegura su duración razonable".

[54] Comoglio, Luigi Paolo, "Le garanzie fondamentali del 'giusto processo'", *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, núm. 3, septiembre-diciembre de 2000, p. 340. Este artículo fue incluido en el libro del autor, *Etica e tecnica del "giusto proceso*, Turín, Giappichelli, 2004. Las citas estarán referidas a la publicación original del artículo.

debido proceso, de la tutela constitucional del proceso y de otros temas en los que supo adelantarse con mucho a su tiempo y señaló caminos por los cuales transitamos los procesalistas de hoy. Fue un visionario y un clásico cuyas ideas nos continúan orientando.

Couture tuvo grandes amistades en todo el mundo, por su inteligencia, su trato cordial y su generosidad. Fue proverbial su amistad con Piero Calamandrei. Recuerdo que este gran jurista escribió una nota sobre la muerte de Couture, cuando sólo tenía 52 años, como una estrella que se apaga súbitamente, en el momento del más alto fulgor de su ascenso: "ha desaparecido no sólo un jurista de fama mundial, sino una de esas mentes soberanas que esparcen con igual agilidad en todos los dominios de la ciencia y del arte y una de esas almas ardientes y comunicativas para las cuales la vida no puede ser entendida sino como una petición y, al mismo tiempo, como una continua y generosa oferta de comprensión y de amistad".

Recordaba Calamandrei que a Couture era particularmente grato el emblema que señala el fin de los capítulos de su libro *Elogio de los jueces*: una pequeña balanza simbólica, que en un lado sostiene dos gruesos volúmenes *en folio* y en el otro una rosa; y se ve que el plato de la rosa desciende, porque sobre la balanza de la justicia, la leve rosa pesa más que la poderosa doctrina. Y concluía: "Si el amigo Couture me pudiera oír, yo quisiera decirle que he colocado esa rosa, porque pertenecía más a él que a mí, sobre su memoria".[55]

[55] Calamandrei, Piero, *Studi sul proceso civile*, vol. 6, Padua, CEDAM, 1957, pp. 352 y 357.

LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917 AYER Y HOY: LECCIONES DEL PASADO Y DEL PRESENTE PARA EL FUTURO INMEDIATO*

Carlos María PELAYO MOLLER**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿De qué hablamos cuando hablamos de "suspensión de garantías"?* III. *La suspensión de garantías en la historia.* IV. *La suspensión de garantías en México en la Constitución de 1917.* V. *El nuevo régimen de suspensión de garantías a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011.* VI. *Reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

Los estudiosos del derecho constitucional contemporáneo han invertido la mayor parte de sus esfuerzos en el estudio de los derechos en situaciones de normalidad. Sin embargo, también es importante el análisis de estos derechos en situaciones de emergencia, cuando se tiene que hacer uso de herramientas excepcionales como la suspensión de garantías, que en la Constitución mexicana se encuentra formalmente contemplada en su artículo 29.

En este artículo con motivo del centenario de la Constitución en un primer apartado se hace una reflexión en torno al concepto de "suspensión de garantías". Después, un breve recorrido histórico desde la Antigüedad hasta nuestros días en torno a esta figura así como su funcionamiento en distintos regímenes y tradiciones jurídicas. En un tercer momento de este escrito se analiza la suspensión de garantías en México, en la Constitución de 1917 con especial énfasis en la única aplicación

* Publicado originalmente en Guerrero Galván, Luis René y Pelayo Moller, Carlos María (coords.), *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

** Profesor de la Universidad Iberoamericana, licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa; maestro en derecho por la Universidad de Notre Dame y doctorando por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

formal que esta figura tuvo durante la Segunda Guerra Mundial. En el mismo apartado se trata de explicar por qué esta figura no ha sido aplicada formalmente desde entonces, y ha sido suplida por otras figuras jurídicas. Por último, se hacen algunas precisiones en torno al nuevo régimen de suspensión de garantías a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 y cómo esa importante reforma es una oportunidad para "reconstruir" esa figura de nuestro constitucionalismo.

II. ¿De qué hablamos cuando hablamos de "suspensión de garantías"?

El artículo 27 de la Convención Americana contempla la figura de la "Suspensión de Garantías". Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-8/87, ha estimado que "del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una 'suspensión de garantías', en sentido absoluto, ni de la 'suspensión de los derechos', ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspender sería su pleno y efectivo ejercicio".[1] En la misma resolución la Corte acordó emplear el término de "suspensión de garantías" con las salvedades ya referidas.[2] De ahí que tengamos que señalar que dicha suspensión sólo puede efectuarse con carácter temporal y limitado. Igualmente, la Corte Interamericana aclaró que las garantías judiciales, como mecanismos judiciales de protección de los derechos, no son suspendibles.[3]

Las expresiones suspensión de garantías, estado de excepción o de sitio, pretenden habitualmente indicar el régimen jurídico excepcional al cual una comunidad territorial es sometida temporalmente, en consideración a un estado de peligro para el orden público, por efecto de una previsión de la autoridad estatal que atribuye poderes extraordinarios a la autoridad pública y que sanciona correspondientes restricciones de las libertades de los ciudadanos.[4]

---

[1] Corte IDH, "El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías", opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, serie A, núm. 8, párrafo 18.

[2] *Idem.*

[3] Corte IDH, Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, serie A, núm. 9. Véase también los comentarios de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, "La suspensión de garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons-UNAM, 2013, pp. 997 y ss. Asimismo véase el caso contencioso en el que la Corte IDH interpretó y aplicó el artículo 27 de la Convención: caso Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de julio de 2007, serie C, núm. 166. Véase también: Rodríguez, Gabriela, "Suspensión de Garantías" en *Convención Americana Comentada*. México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 677 y ss.

[4] Baldi, Carlo, "Estado de sitio", *Diccionario de política*, t. I, México, Siglo XXI editores, 2000, p. 560.

Leandro Despouy afirma que los diversos términos de "estado de alarma", "estado de sitio", "estado de prevención" entre otros, son sinónimos de todas aquellas medidas adoptadas por los gobiernos que implican mayores restricciones al ejercicio de los derechos humanos de las que regularmente se autorizan en situaciones ordinarias.[5]

Los diversos estados de emergencia, pueden a su vez revestir formas más o menos amplias, pudiendo ir desde medidas de policía (por ejemplo, la prohibición de reuniones, que normalmente son lícitas), hasta la suspensión de ciertos derechos y garantías constitucionales.[6] Paralelamente, las emergencias que pueden hacer necesaria una suspensión de derecho, pueden ser de diversa índole, desde desastres naturales hasta sucesos que pongan en riesgo la seguridad nacional.

La suspensión de garantías, en sus diversas modalidades, en los estados democráticos, siempre conlleva un marcado rasgo de temporalidad, es decir, la prohibición de que estas restricciones a los derechos puedan prolongarse más allá del tiempo necesario para hacer frente a la emergencia. Actualmente, en la mayor parte de las constituciones modernas no se establece ningún plazo especifico, pero sí la mención de que dichas medidas deben ponerse en marcha sólo por el tiempo que dure la emergencia.

Con estos elementos y con el fin de proporcionar una definición general de esta figura jurídica, que nos pueda servir para comprenderla dentro de cualquier ordenamiento jurídico, y como marco referencial para este estudio, proponemos definir a la suspensión de garantías como una: "Institución jurídica de carácter excepcional, que tiene como objetivo restringir y limitar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales o de sus garantías por un tiempo limitado en un país o en parte de él, para hacer frente a una situación de grave peligro para la existencia y supervivencia de la población y del Estado democrático".

III. La suspensión de garantías en la historia

En este apartado trataremos de dar una visión muy general y breve de las instituciones que eran aplicables en los periodos de excepción y que existieron en diversos países desde el imperio romano, hasta finales del siglo XIX.

1. *La dictadura romana*

Si bien en circunstancias excepcionales de orden interior o exterior, las antiguas repúblicas griegas confiaban la defensa de su ciudad-estado a un "tirano" (*oesymne-*

[5] Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 12.

[6] Baldi, Carlo, *op. cit.*, p. 560.

ta), elegido fundamentalmente con esa finalidad[7] en cuanto a los antecedentes más antiguos de los estados de excepción se suele citar a la dictadura romana, la cual se implementaba cuando la República romana se encontraba en peligro, generalmente por una guerra, consistiendo en una magistratura extraordinaria para épocas de crisis. En una situación de emergencia, el dictador tenía un poder ilimitado, por un plazo máximo de seis meses. En situaciones graves, de menor magnitud que las anteriores, el senado podía conceder poderes extraordinarios a los cónsules.

La dictadura nace —según Schmitt— de una "sabia invención" de la República romana. El dictador era un magistrado romano extraordinario, que fue introducido después de la expulsión de los reyes, para que en tiempos de peligro hubiera un *imperium fuerte*, que no estuviera obstaculizado por el poder de los cónsules, por la colegialidad, por el derecho de veto de los tribunos, de la plebe y la apelación del pueblo.[8]

Esta rigurosa restricción temporal repercutía con eficacia en la conducta del dictador, ya que era de su conocimiento que dentro de un breve lapso volverían a entrar en vigor todos los límites y todos los controles al poder. La dictadura constituía así, un modo de suspender temporalmente su propio orden jurídico para preservar su integridad y permanencia. De esta manera, el dictador, estaba capacitado para suspender de inmediato los poderes del magistrado que le había nombrado y los del colega de éste, con lo que reunía "excepcional y transitoriamente", todos los atributos de la antigua oligarquía romana.[9]

Es importante mencionar que la dictadura fue el régimen sucesor de la monarquía romana por un corto tiempo, siendo, para algunos estudiosos en la materia, la supervivencia de una magistratura suprema unitaria, que ocupaba el lugar del rey, considerándose suspendidas todas las garantías de la libertad ciudadana, no diferenciándose entre *imperium domi* y el *imperium militae.* Valadés menciona, que la figura del dictador, era muy similar a la de un *jefe de la caballería*, figura que ya había existido, bajo los reyes, en los casos de trastorno, peligro o de guerra.[10]

La dictadura romana era un órgano extraordinario que se podía activar, según procedimientos y dentro de los límites constitucionalmente definidos, ya fuera para la conducción de una guerra (*dictadura rei gerendae causa)* o de la solución de una crisis interna (*dictadura seditionis sedandae et rei gerendae causa*), más tarde también se encomendaron pormenores especiales, como la celebración de una asamblea popular (*comittiorum habendorum*), clavar un clavo por motivos religiosos (*clavi figendi*), la dirección, la fijación de días festivos, entre otros.[11]

Los poderes del dictador eran muy amplios e incluían el pleno mando militar, la subordinación de los cónsules por lo que sus actos no eran sometibles a la *intercessio*

---

[7] Fernández Segado, F., *El estado de excepción en el derecho constitucional español*, Madrid, Revista de Derecho Privado y Editorial de Derecho Unidas, 1978, p. 47.

[8] Schmitt, Carl, *La dictadura; desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, trad. de José Díaz García, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, 1968, p. 33.

[9] Mommsen, Teodoro, *Historia de Roma*, Nueva Biblioteca Universal, p. 100.

[10] Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 14.

[11] Schmitt, Carl, *op. cit.,* p. 34.

de los tribunos; gozaba de *ius edicendi y*, por la duración del cargo, sus decretos tenían valor de ley asumiendo la labor de juez penal e imponiendo sentencias, las cuales eran inapelables.

Esta magistratura no era electiva, pues derivaba su poder de una investidura directa hecha por los cónsules, encontrando siempre hostilidad popular. Al no poder desterrar la opinión de que un poder ilimitado como ése, era, en ocasiones, muy preciso en los momentos de supremo peligro, los demócratas llegaron a conseguir, en la época de las guerras púnicas (363 a. C.),[12] que prevaleciera el principio de elección de este magistrado extraordinario; fue desde ese momento que se hizo inusual el recurrir a la dictadura para dirigir operaciones bélicas.[13] De ahí en adelante, durante la época de la república, los dictadores desempeñaron funciones que no podían llevar a cabo los cónsules, como presidir elecciones en circunstancias difíciles, entre otras, lo cual nos lleva a la conclusión que en un Estado democrático, en pocas ocasiones se recurre al estado de excepción.

En su forma original la dictadura romana correspondió a un muy significativo principio funcional de la democracia, pues a diferencia de lo que hoy ocurre en muchos países alrededor del mundo, en aquella época el magistrado que dictaba las medidas de emergencia no era el mismo que gobernaba en periodos de estabilidad. De esa manera, quedaba conjurado el vicio de establecer un estado de excepción para afianzar no la seguridad del Estado en su sentido estricto, sino las prerrogativas de los detentadores del poder.[14]

Durante el periodo de Sila (82 a.C.-79 a.C.) la dictadura caída en desuso reapareció con vigor. Reinstaurada "con la misión de decretar leyes" y teniendo, en opinión de historiadores, más semejanza con el decenvirato cuyos funcionarios eran revestidos de poderes excepcionales y absolutos, ocupó todas las magistraturas ordinarias, funcionando por tiempo ilimitado.[15]

Carl Friederich, identifica algunos requisitos que resultaban necesarios para esta institución extraordinaria:[16]

a) El nombramiento del dictador debía efectuarse con arreglo a un procedimiento predeterminado.
b) El propio dictador no estaba facultado para declarar a su libre arbitrio la existencia de una situación extraordinaria.

---

[12] Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 14.

[13] *Idem*.

[14] Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 15.

[15] Sila instituyó una reforma constitucional completa que suponía la restauración del poder del Senado y la aristocracia, imponiendo controles estrictos sobre los tribunos y otros magistrados. Su organización del sistema de procedimiento criminal mediante el incremento del número de *quaestiones perpetuae* fue de especial importancia, pues se establecieron en Roma los primeros juzgados penales permanentes. Su reforma autoritaria, que separó las magistraturas civiles de las militares, convirtió su gobierno en algo que algunos historiadores han considerado como la primera administración imperial, aunque todavía dentro de las formas republicanas. *Cfr. Idem*.

[16] Finn, John E., *Constitutions in crisis. Political violence and the rule of law*, Nueva York, Oxford University Press, 1991, p. 16.

c) La persona detentadora de la titularidad de la dictadura disponía de un plazo fijo para realizar su misión que no podía exceder de seis meses.
d) La dictadura tenía como finalidad la defensa del orden constitucional (*sic*) existente, no su destrucción.

Schmitt, consideraba que estas limitaciones obedecían a una función de carácter político, en cambio, Friederich, las consideraba como requisitos legales para que la institución pudiera subsistir y llevar a cabo sus propósitos.

Para reprimir los brotes sediciosos existía la Ley de la Majestad (*Laesa majestatis*). Esta célebre ley, a la que en justicia pueden atribuirse buena parte de los crímenes del Imperio, tenía procedencia republicana. [17]

Según Schmitt, la sorprendente diversidad de la antigua dictadura republicana y la dictadura ulterior de Sila y César habría podido sugerir una determinación más inmediata dentro del concepto de dictadura.[18] Marcando de esta manera una contraposición entre la dictadura comisarial y la soberana.[19]

2. *La excepción en el Estado pre-moderno (antiguo régimen)*

La suspensión de garantías en el antiguo régimen estaba enfocada principalmente al combate y represión de motines y levantamientos populares, para así preservar el orden; esta institución era utilizada como un medio de control político, aunque es pertinente señalar que la existencia de instituciones propiamente dichas que regularan los estados de crisis, guerra y emergencias y con ellos la suspensión de derechos y garantías no existían tal y como las conocemos hoy, como lo señalan los estudiosos del tema.

Las causas de estos motines y levantamientos radicaban en la miseria reinante entre la población urbana y rural de la época.[20] No obstante lo anterior, el motivo inmediato del motín podía venir determinado por la caída del consumo, poniendo en peligro la misma supervivencia de la población.[21] Nada de esto último; sin embargo, puede ser una explicación suficiente, si no es partiendo de la perspectiva de la situación permanente de extrema miseria sobre la mayor parte de la población.[22]

Un factor que permitía la represión de las clases pobres en la Edad Media, así como en las monarquías absolutas de aquella época, fue el hecho de que no se reconocían, al menos tal y como hoy los entendemos, los derechos humanos, quizá por-

---

[17] "Dicha Ley castigaba con pena de muerte a quienquiera que resultase convicto por haber perjudicado la 'grandeza o dignidad del pueblo romano'. La vaguedad misma de esa fórmula permitía, en cada crisis política, al partido vencedor perseguir a muerte a todos sus adversarios... Sila especialmente, había hecho uso excesivo de ella, y en virtud de una interpretación hábil, encontró la manera de hacerla extensiva a las palabras lo mismo que a las obras", Mommsen, *op. cit.,* t. VI, p. 114.

[18] Schmitt, Carl, *op. cit*, p. 34.

[19] Valadés, *op. cit.*, p. 17.

[20] Cruz Villalón, Pedro, *El estado de sitio y la Constitución,* Madrid, CEC, 1980, p. 26.

[21] *Idem.*

[22] Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.,* p. 27.

que los derechos y garantías individuales de las personas estuvieron "en manos" de los reyes o mejor dicho en manos de los señores feudales y en una última instancia en manos del clero. [23] Lo que nos remite de nuevo a la dimensión histórica de los derechos fundamentales, los cuales para esa época todavía no habían sido conquistados.

Algunos procedimientos para la concentración de los poderes ejecutivos sobre determinadas personas de modo excepcional fueron en esa época la institución de los "comisarios extraordinarios" a quienes los príncipes nombraban en ejercicio de su plena autoridad.[24]

Encontramos conjuntamente a los comisarios del rey, comisarios de determinados estamentos y asambleas; además, de que en esta época se consolidan monarquías cesaristas, que, en algunos casos, fueron el resultado de una dictadura.[25] El ejemplo más claro en esta época se tiene con Cromwell, en Inglaterra, a mediados del siglo XVII. El cual se iba a auto-presentar como el líder de una dictadura "comisarial", transferida por el llamado Parlamento Largo, que se iba a convertir, al ser disuelto este último, en una auténtica "dictadura militar soberana depositaria de una transferencia de autoridad limitada".[26]

A su vez, en esta época no sólo se previó la represión de motines sino incluso su prevención; en este sentido, Cruz Villalón distingue cuatro clases de prevención, siendo la primera la inmediata, la cual, se podía manifestar de dos maneras. Una forma de lograr este objetivo era ante la eventual falta de algún insumo como trigo o pan, se proveyese inmediatamente, aunque históricamente se optaba ante esta situación el uso de la fuerza por medio de la disuasión y la represión.[27]

La segunda era una medida de doble filo, efectiva a plazo inmediato: cuando ya el motín se consideraba inevitable y sólo se trataba de debilitarlo, de antemano, se implementaba la "saca de gente de levas", es decir, la formación del contingente de hombres con el que la ciudad o la zona debía contribuir de forma inmediata al ejército del rey.[28]

La función de la burguesía era variable, ya que a menudo no mostraba demasiada prisa en organizarse para reprimir estos movimientos mientras sus intereses no se vieran afectados; no obstante, si esto ocurría llegaban a intervenir. Tal fue el caso en Francia, en el siglo XVII, donde llegó a existir una "guardia burguesa" (*garde bourgeoise*) compuesta de individuos de posición acomodada, teóricamente a disposición del ayuntamiento, del que constituía la principal fuerza armada.[29]

El segundo tipo de actuación era la de previsión de carácter permanente, por medio del abastecimiento. Estas medidas tuvieron un cierto sustento en legislación como la *Book of Orders,* que disponía la repartición de granos entre la población de

---

23 *Cfr.* Fernández, Segado, *op. cit.*, p. 50.

24 *Idem.*

25 Fernández, Segado, *op. cit.*, p. 51.

26 *Idem.*

27 Fernández, Segado, *op. cit.*, pp. 47-48.

28 *Idem.*

29 Fernández, Segado, *op. cit.*, p. 39.

bajos recursos en Inglaterra, entre 1580 y 1630.[30] Entre otras leyes encontramos las llamadas *poor laws,* las cuales introducían un sistema que operaba en cada parroquia para que los pobres nacidos en ella pudieran encontrar ahí sustento, a la vez que se les impedía establecerse en otras ciudades. Paralelamente se crearon las llamadas *workhouses* o las *poorhouses,* donde se auxiliaba a personas desempleadas o con alguna incapacidad física; este modelo eventualmente chocaría con el de la incipiente clase burguesa, dueña de los medios de producción en las ciudades, interesada en disponer de una mano de obra lo más abundante y barata posible.[31]

El tercer tipo de prevención era la "estructural" de los levantamientos populares, la cual se basaba en la opresión, manteniendo a la gran masa de la población en el analfabetismo y la ignorancia bajo el poder de la iglesia y en la justicia criminal, caracterizada particularmente por la imposición de penas desproporcionadas y brutales como único medio para disuadir, dada la miseria existente, y también como único medio de compensar la incapacidad del antiguo régimen para sostener un aparato represivo eficaz incluso de los delitos individuales; para "hacer escarmiento", los ajusticiamientos y suplicios debían realizarse en presencia de toda la población.[32]

Por último, existía otro tipo de prevención que era la "política" y "policial" en contra de la burguesía, por medio de las *lettres de cachet* y de las órdenes de destierro, la intervención sistemática de la correspondencia, las denuncias por lo que se escribía, por lo que se decía. Si bien, podemos considerar que este tipo de represión afectó a un pequeño sector de la población que era la burguesía y eventualmente a la misma nobleza, estas instituciones inspiraron en gran medida los grandes cambios que darían forma a los modernos esquemas constitucionales de excepción, que se presentan cómo el instrumento decisivo, *la ultima ratio*, de la salvación del Estado.[33]

El antiguo régimen desapareció, por lo menos en su forma original, con la Ilustración y el reconocimiento y declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, fruto de la Revolución francesa. Sin embargo, es innegable que no todos los mecanismos de seguridad y represión del antiguo régimen han sido desechados, como explicaremos posteriormente.

3. *La martial law inglesa y la loi martiale francesa*

En el Reino Unido y Francia encontramos leyes para la represión armada de tumultos; a esta serie de disposiciones se les dio el nombre de "ley marcial", siendo sinónimo, por una parte, de intervención armada del Estado contra los ciudadanos, autorizando a su vez esta intervención en los casos y con las formalidades que dicha

[30] *Ibidem,* p. 51.

[31] *Ibidem,* p. 54.

[32] *Ibidem*, p. 55. Esta situación, la llegaría a inmortalizar Víctor Hugo, en su obra maestra *Los miserables*, donde el protagonista de la historia, Jean Val-Jean, es encarcelado muchos años y perseguido el resto de su vida por haberse robado un trozo de pan y una moneda.

[33] *Cfr. Ibidem*, p. 57.

ley expresa.[34] Estas leyes son instituciones de seguridad interna, proveyendo una protección extraordinaria.

Cruz Villalón distingue dos acepciones al término "ley marcial": la primera se refiere al uso de métodos efectivos para evitar cualquier capitulación de poder en el Estado moderno, por medio de la utilización de una fuerza suficiente, y la segunda, al arreglo o sometimiento de esta actuación a los condicionamientos de un poder público, de una de las autoridades responsables.[35]

En Inglaterra después de los desórdenes de 1780 aparece la *martial law*, que es una especie de situación ajurídica en donde la autoridad militar interventora puede proceder sin tomar en cuenta las "barreras" legales durante motines, teniendo como objetivo distinguir la esfera militar fáctica de la realizada con arreglo al derecho militar por el consejo de guerra.[36] A pesar de su nombre, el derecho de guerra no es, en este sentido, derecho ni ley, sino un procedimiento creado esencialmente para un fin fáctico, en el que la regulación jurídica se limita a precisar los presupuestos bajo los cuales entra en acción, ya sea por solicitud de las autoridades civiles, o por otro supuesto.[37]

Por otra parte, la *martial law*, contenía una serie de preceptos formales, no tanto para el campo de batalla, al momento de enfrentar la situación, sino más bien para la lucha contra el adversario político interno, dirigiendo la acción del Estado contra los propios ciudadanos; sin embargo, éstos, en opinión de Carl Schmitt, no alcanzaron nunca la acción misma, sino sólo su presupuesto. [38]

En Francia mientras tanto, la *loi martiale*, comprendió tres etapas: la primera, del 21 de octubre de 1789; la segunda, cubriendo desde la matanza del Campo Marte hasta su abolición por los jacobinos, y la tercera, agrupando las leyes de la Convención Terminoriana y del primer Directorio, el abandono de la ley marcial en el segundo Directorio y, por fin, su reaparición, con otro carácter, en la Monarquía de Julio.[39] Durante estas etapas se convierte en el estatuto único en materia de intervención de la fuerza armada en el interior del país, manifestando no ir más allá de la "ley marcial" en lo que a instrumentos de la protección del Estado se refiere. Los jacobinos fueron siempre violentos adversarios a ésta.[40]

Tanto la *martial law* inglesa, como la *loi martial* francesa son leyes que no estaban incluidas en una Constitución, ya sea por el sistema consuetudinario inglés o porque en el caso francés conformaban (las leyes marciales) un estatuto único en materia de intervención de la fuerza armada en el interior del país.

---

34 Rossiter, Clinton, *Constitutional dictatorship. Crisis government in the modern democracies*, Harbinger, 1963, p. 9.

35 Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, p. 121.

36 Schmitt, Carl, *op. cit.*, p. 223.

37 *Idem.*

38 Schmitt, Carl, *op. cit.*, p. 108.

39 *Ibidem*, pp. 231 y ss.

40 *Idem.*

4. *La detención preventiva*

La prohibición constitucional de la suspensión de garantías conoce, en ocasiones, dos excepciones: la de la detención preventiva y la de la suspensión del *habeas corpus*, que practicada en Inglaterra durante el siglo XVIII, pasa a la Constitución de los Estados Unidos y a algunas Constituciones europeas de esa época.[41] La suspensión de la prerrogativa fue en países europeos hasta cierto punto común, siendo admitida durante una larga época en el sistema represivo de protección del Estado.[42] Este tipo de detención preventiva no debe ser confundida con la detención preventiva que se ventila ordinariamente en torno a procedimientos penales.

En Inglaterra, debido a la situación por la que atravesaba el país, en 1689, el Parlamento promulgó una ley por la que se suspendía la libertad individual, y con ello el *writ de habeas corpus* asegurado por las *habeas corpus acts* de 1640 y 1679.[43] Es así como a lo largo del siglo XVIII el Parlamento procede en diversas ocasiones a dicha suspensión del *habeas corpus* por medio de las *habeas corpus suspensión acts"*.[44]

El efecto de una suspensión del *habeas corpus*, consistía en "diferir" el juicio de una persona detenida bajo acusación o sospecha de *high treason* por el tiempo señalado en la ley, en el territorio y por las autoridades que la ley señala. A su vez, generalmente esta institución era complementada con otras leyes derogatorias de derechos y garantías, emitiendo para ello una *indemnity bill* eximiendo de responsabilidad a los funcionarios que no hubiesen observado escrupulosamente las formalidades prescritas por la *suspension act*.[45]

En Francia, en cambio, la detención preventiva se desarrolló durante la Revolución de finales del siglo XVIII, pasando de no ser admitida en caso alguno, a ser admitida con variadas restricciones hasta, por último, ser legalizada como una detención completamente arbitraria.[46] Dicha situación duraría hasta 1814 y posteriormente ni siquiera la ley sur *l'etat de siege* de 1849 autorizaría la detención preventiva, sustituyéndola por una restringida suspensión de la libertad de residencia.[47]

5. *Las formas extraconstitucionales del estado de excepción*

Estas formas corresponden a los medios a los cuales recurre el Estado a falta de instrumentos constitucionales de protección extraordinaria que implican pasar por encima del orden constitucional o bien derogarlo. El recurso ejemplar por excelencia es de la suspensión de la Constitución, que parte del reconocimiento que es necesario

---

41 Cabe señalar que este criterio ha sido superado, como lo veremos más adelante, en una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que analizaremos en el tercer capítulo.

42 Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, p. 249.

43 *Idem.*

44 *Idem.*

45 Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, p. 251.

46 *Ibidem*, p. 252.

47 *Ibidem*, p. 255.

prescindir del régimen constitucional en su conjunto, sustituyéndosele por un régimen temporalmente revolucionario.[48] En contraposición, el recurso de la exoneración parlamentaria, —que consiste en dotar de inmunidad *a posteriori* a los gobernantes que hayan tomado medidas en contra del orden jurídico en una situación de emergencia— es mucho más conservador.[49] Cuando la soberanía parlamentaria es la espina dorsal de la Constitución como en Inglaterra, la solución es lógica y coherente (*indemnity bills*); mientras que en los sistemas constitucionales europeos, resulta un expediente discutible.[50]

El tercer recurso es el de la ficción, que se desarrolla en sistemas que sólo prevén legalmente que pueda ser puesto en marcha el estado de excepción en casos de contingencias militares. Así en caso de que se presentara una emergencia distinta y que igualmente pusiera en riesgo a la población y al Estado mismo se originaría un fenómeno muy peculiar, ya que podríamos decir que el propio sistema jurídico "adecuaba" los supuestos de la emergencia a los que definían a una plaza militar como un estado de sitio, aplicándose con base en una interpretación extensiva de la normativa prevista para tal emergencia.

6. *Las formas constitucionales del estado de excepción*

Llegó un momento en que la suspensión por medio de instituciones extraconstitucionales se hizo insuficiente y poco conveniente a la luz de la caída del antiguo régimen, debido al creciente poder que fueron adquiriendo las masas,[51] y en especial la clase burguesa.

Es en este punto de la historia es donde se abre la posibilidad del Estado constitucional, en donde de entrada se debían descartar medidas como la suspensión de la Constitución y la exoneración parlamentaria, quedando así únicamente la institución del *estado de sitio*, basado en el supuesto del *estado de extrema necesidad*. No obstante, los estados de sitio en sus primeras etapas constitucionales sirvieron como medio de represión de la autoridad ante motines y alzamientos, por medio del uso de las fuerzas armadas para en el acto enjuiciar y ejecutar sumariamente a miles de personas involucradas en estos hechos.

Eventualmente, el hecho de que se reconociera constitucionalmente la presencia de una jerarquía suprema para el conjunto de derechos fundamentales, permitió que la protección extraordinaria del Estado se pudiese manifestar en su auténtico sentido: no como suspensión de la libertad y el derecho, sino como suspensión de determinados derechos y libertades, en razón de otros determinados derechos y libertades que son siempre la razón de ser del Estado y lo que justifica su defensa tanto ordinaria como extraordinaria.[52] Es esta idea primitiva y no desarrollada la que abre

---

48 *Ibidem*, p. 277.

49 *Idem*.

50 Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, p. 278.

51 *Ibidem*, p. 368.

52 *Ibidem*, p. 443.

paso al desarrollo de la suspensión de derechos y garantías en el Estado constitucional democrático de derecho, como lo estudiaremos a continuación.

7. *La suspensión de garantías en los sistemas jurídicos romano-germánico (civil law) y anglosajón*

En el Estado democrático de derecho podemos encontrar tres tipos de legislación de excepción; éstos, a su vez, se identifican con diferentes sistemas jurídicos.[53] En primer lugar, las de aquellos países que no prevén expresamente la protección excepcional extraordinaria del Estado. Aquí podemos incluir a los países que pertenecen a la *common law*, en los que existe el problema de cómo debe reaccionar el ordenamiento ante una situación de crisis que haga necesaria la suspensión de derechos y garantías y que suponga el quebrantamiento del Estado.[54] La respuesta se da a través de la técnica inglesa de las *indemnity bills* o leyes de exoneración de responsabilidad, excluyendo de responsabilidad a los gobernantes a los que las circunstancias han obligado a quebrantar el ordenamiento para hacer frente a una emergencia.[55] Éste fue el modelo hasta la mitad del siglo XIX en ambas tradiciones. Sin embargo, continúa siendo básicamente el modelo de países con una tradición constitucional ininterrumpida como Inglaterra. No obstante, su perdurabilidad, debemos hacer un especial énfasis en los excesos en que se puede incurrir con este tipo de sistema.

Las *indemnity bills* o *acts of indemnity* son una especie de *exoneración parlamentaria extraconstitucional*, para hacer frente a emergencias. Su rasgo distintivo radica en que el parlamento que expide dicha ley "es soberano y su actividad legislativa no conoce límites, por lo que (en un principio) puede imponer cualquier límite de la libertad individual en cualquier momento". [56] Esto permite legalizar una actuación de la autoridad que al momento de producirse era ilegal y que por lo tanto puede ser complementaria a la *suspension of habeas corpus act"* que permite la detención de sospechosos por periodos prolongados sin que sea necesario la intervención judicial, aunque como veremos más adelante, este tipo de legislación se aplica en la actualidad específicamente a delitos como el terrorismo en el Reino Unido.[57]

De ahí que las situaciones de excepción, se regulen por medio de leyes emanadas del Parlamento (*Parliament acts)*, ya sea, la suspensión de derechos y garantías. Sin embargo, existe una supervisión estricta por parte de tribunales internos y europeos de derechos humanos encargados de atender estos asuntos.[58]

---

[53] Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 779.

[54] *Idem*.

[55] Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 29.

[56] *Idem.*

[57] *Idem.*

[58] Si bien debemos admitir la existencia dentro del constitucionalismo inglés de las *law of Constitution*, de las *conventions of Constitution* y del *common law*; el control sobre éstas no es tan estricto del todo en el Reino Unido.

Javier Pérez Royo menciona que dentro de nuestra tradición jurídica están aquellos países que prevén expresamente la protección especial o extraordinaria del Estado haciéndolo mediante una "cláusula general", que constituye, como el propio autor lo afirma, un "cheque en blanco a favor del destinatario". Tal fue el caso del artículo 48 de la constitución de Weimar, bajo la figura de la llamada "Dictadura del Reich". En la actualidad el ejemplo más claro de esta figura se encontraría en el artículo 16 de la Constitución de la V República Francesa.[59]

En este supuesto podríamos incluir al artículo 29 de nuestra Constitución, que no regula de manera muy precisa la suspensión de garantías individuales, aunque definitivamente no es tan ambiguo como el artículo antes referido de la Constitución francesa.

Finalmente, en la tercera clasificación, se encuentran aquellos países donde el derecho de excepción se encuentra regulado por instituciones constitucionales sólidas, y que tienen además una regulación orgánica que responde a criterios estrictos y a una serie de controles de constitucionalidad por parte de organismos especializados y por organismos internacionales.[60] En este último supuesto se ubica la legislación española, siendo estas las características que debe tener el derecho de excepción, a fin de que sea coherente con el derecho constitucional que debe servir como punto de referencia.[61]

Podemos sostener a manera de conclusión, que la característica de los sistemas de suspensión de derechos y garantías en los países de la *common law*, en general, consiste, en una cierta libertad para que el legislador en conjunto con el Ejecutivo lleve a cabo dichas medidas y, en segundo lugar, en respuesta a esa amplia libertad dada al legislador, un control, por parte de los órganos judiciales en la determinación de su validez o invalidez sustancial y su consecuente constitucionalidad.

A su vez, debemos señalar que en los países que han adoptado el sistema romano-germánico, es una constante que la parte esencial del derecho de excepción descanse en los textos constitucionales. En cambio, en los países que han optado por la tradición de la *common law*, la puesta en marcha de esta institución queda más a una decisión de tipo democrático, para su posterior aprobación (si así se requiriese), por parte del Poder Judicial.

IV. La suspensión de garantías en México en la Constitución de 1917

1. *Antecedentes en Constituciones y ordenamientos previos*

Los antecedentes de la legislación de excepción en el ámbito constitucional los encontramos la Constitución de 1824, cuyo artículo 112 habla de las restricciones

[59] *Idem.*

[60] Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, p. 780.

[61] *Idem.*

de las facultades del presidente.[62] Dicho precepto estipulaba que el presidente no podía "privar a ninguno de su libertad ni imponerle pena alguna" salvo cuando "lo exija el bien y la seguridad de la Federación".[63] En las leyes constitucionales de 1836 encontramos una disposición que expresa la necesidad de que el Ejecutivo resuelva en ciertos casos consultando con sus ministros.[64] Dichos preceptos no prevén una suspensión de garantías tal y como conocemos actualmente dicha figura; sin embargo, de acuerdo con Aguilar y Maya, la figura de la suspensión de garantías surge de esos preceptos, que son sus antecedentes directos.[65]

Es notorio que dicho contenido constitucional retome en gran medida lo estipulado por el artículo 1 sección 9 cláusula 2 de la Constitución estadounidense que a la letra señala que: "el privilegio del *habeas corpus* no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión".[66] Debido a la vaguedad de este precepto, a lo largo de la historia de los Estados Unidos, ha sido objeto de innumerables controversias entre el ejecutivo y el legislativo de aquel país; en cuanto a sus límites y sobre las autoridades que deben intervenir en su aplicación, situación que en parte ha sido subsanada por la interpretación hecha por la Suprema Corte de aquel país.[67]

En las Bases de Organización Política de la República Mexicana, del 12 de junio de 1843, se encuentra determinada la suspensión de algunas garantías en el artículo 198, para preservar la seguridad de la nación.[68] Previendo en el artículo 66 la posibilidad de que el Congreso ampliará las facultades del Ejecutivo, con sujeción al artículo 198, en los casos de invasión extranjera o sedición, mientras que en el artículo 198, se preveía una prohibición de suspender o aminorar las garantías individuales fuera de estos casos. En tanto, que el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de 15 de mayo de 1856, facultaba al ejecutivo para obrar discrecionalmente cuando así fuere necesario, a juicio del Consejo de Ministros, para defender la independencia o integridad del territorio o para sostener el orden esta-

---

62 Aguilar y Maya, José, *Legislación de emergencia*, México, Procuraduría General de la Republica, 1944, p. 28

63 *Idem.*

64 *Idem.* Dicho artículo a la letra señalaba. "Todo asunto grave del gobierno será resuelto por el presidente de la República en junta de ministros, quienes firmarán el acuerdo en el libro respectivo, especificando el que o los que disientan".

65 *Idem.*

66 Montiel Argüello, Alejandro, "La suspensión de las garantías de los derechos humanos", *Revista Judicial*, Costa Rica, año XV, núm. 51, septiembre, 1990, p. 100.

67 *Ibidem*, p. 101. El caso histórico más relevante es el que se dio a principios de 1861, cuando empezaba la guerra civil, primero cuando Abraham Lincoln suspendió el *habeas corpus* en gran parte del país para después en 1862, hacer una suspensión general, acto que fue declarando como inconstitucional por la Suprema Corte, basándose en que el derecho a decretarla en forma general, residía en el Congreso, desde entonces, ningún presidente sin apoyo del Congreso ha decretado la suspensión, incluso en caso de guerra, sino siempre con el aval y ayuda del Congreso de Estados Unidos.

68 *Idem.* El texto a la letra señala que: "Si en circunstancias extraordinarias la seguridad de la nación exigiere que toda la república o parte de ella, la suspensión de las formalidades prescritas en estas bases para la aprehensión y detención de los delincuentes, podrá el Congreso decretarla en determinado tiempo".

blecido o conservar la tranquilidad pública; pero en ningún caso pudiendo imponer la pena de muerte, ni las prohibiciones del entonces artículo 55.[69]

La Constitución de 1857 varía esencialmente de los esquemas anteriores, ya que en su artículo 29 otorgaba una clara protección a los derechos relativos a la vida del hombre. Así, Mario de la Cueva elogió ampliamente dicho precepto y en especial este aspecto, ya que de no haberlo considerado el texto constitucional, se habría tratado —en opinión del maestro— de una auténtica supresión de garantías.[70] El texto constitucional de ese entonces no preveía el otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo. Sin embargo, como afirma Tena Ramírez, varias cuestiones fueron quedando a la sombra llegándose a crear por medio de la jurisprudencia y la costumbre un derecho de suspensión consuetudinario.[71]

2. *La suspensión de garantías en la Constitución de 1917 y su aplicación durante la Segunda Guerra Mundial*

La última vez que en México se decretó una suspensión de garantías fue en 1942, durante la Segunda Guerra Mundial por el presidente Manuel Ávila Camacho.

Una de las principales características de sistema presidencial mexicano ha sido las amplias facultades que ha gozado el ejecutivo en el desarrollo de sus funciones, esto bajo una situación de normalidad. Poco conocidas y recordadas son, en cambio, las amplias facultades que gozó en ese entonces el presidente. Entre ellas encontramos las atribuciones en materias administrativa y fiscal.[72] Entre otras facultades también es pertinente señalar, las que se le otorgaron en materia civil, por ejemplo, en materia de arrendamiento, que tradicionalmente es legislada por cada entidad federativa de la República.[73]

En otras palabras, hablar de suspensión de derechos y garantías en México, se convierte en hablar de las facultades que le han sido otorgadas al presidente de la República, por ello a continuación analizaremos algunas de ellas cuyos casos llegaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

---

69 *Idem*, pp. 29 y 30.

70 Cueva, Mario de la, "La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad", *Pemex Lex*, México, núms. 131-132, mayo-junio, 1999, p. 57.

71 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 33a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 233.

72 Véase: Tesis aislada. *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIV, sexta época, Pleno, p. 126. La Suprema Corte en esta resolución mencionaba que: "El decreto de 1o. de junio de 1942 que aprobó la suspensión de garantías, facultó en su artículo 4o., al Ejecutivo para imponer en los distintos ramos de la administración todas las modificaciones que fueron indispensables para la eficaz defensa del territorio nacional, de su soberanía y dignidad (*sic*) para el mantenimiento de sus instituciones fundamentales, y en su artículo 5o., lo facultó también para legislar en los distintos ramos de la administración, con sujeción a lo preceptuado en el artículo precedente".

73 Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCIV, Sexta Época, Tercera Sala, p. 433.

A. *¿Temporalidad limitada?*

Al decretarse se dispuso que dicha suspensión duraría "todo el tiempo que México permanezca en estado de guerra con Alemania, Italia y Japón" y "que será susceptible de prorrogarse a juicio del Ejecutivo, hasta 30 días después de la fecha de cesación de hostilidades",[74] lo cual vendría a contradecir el texto constitucional, ya que la frase que limita en tiempo la suspensión es contundente al no permitir que ésta se extienda más de lo necesario, por tanto, inequívocamente, la suspensión de aquel entonces debió finalizar el 15 de agosto de 1945, sin discusión alguna y sin posibilidad de prórroga.

Cuando terminó la suspensión de derechos y garantías se disolvieron las facultades especiales del Ejecutivo, y por ser accesorias, se derogaron las leyes que fueron promulgadas en este periodo.

En materia penal indudablemente a las personas que hubiesen sido acusadas o sentenciadas por algún delito previsto por alguna ley expedida por el Ejecutivo se les dejaría en libertad o en su caso, el Estado no ejercitaría acción penal en su contra. Tal debió ser el caso del decreto del 7 de octubre de 1942, que estableció penas en que incurrirían los salteadores de caminos en despoblado. Una discusión diferente radicaría en si realmente ciertos tipos penales son necesarios independientemente de si nos encontramos en una situación de emergencia o no.

En materia civil y laboral, sería más complejo ya que se encuentran en disputa derechos de dos o más particulares (generalmente). En el primer caso, aunque suena inverosímil, se han llegado a poner en marcha medidas de carácter civil durante una suspensión de garantías en lo referente al arrendamiento en el Distrito Federal; concretamente, dichas disposiciones eran reguladas por el decreto del 10 de julio de 1942 previendo una congelación en las rentas en las habitaciones en el Distrito Federal; también se expidieron leyes por demás ridículas e innecesarias como la Ley General de Emergencia sobre Juegos y Apuestas, en cuyo considerando trata de justificar la instauración de esta ley en virtud de que el juego y las apuestas de azar, se consideraban "en extremo nocivos para la sociedad".[75] Sinceramente, no puede existir una explicación lógica y coherente de cómo con evitar los juegos de azar y las apuestas ayudarían a México en la guerra.

En materia laboral, también existe un ejemplo histórico concreto: la Ley de Transportes Urbanos para el Distrito Federal, del 2 de febrero de 1945, la cual permitió resolver la huelga declarada en contra de la Compañía de Tranvías, mediante la ocupación de bienes de esa empresa,[76] mediante una figura similar a la requisa. Al volver a la normalidad, es de suponerse que los trabajadores recuperaron sus derechos sindicales íntegramente.

---

[74] Cueva, Mario de la, *op. cit.*, p. 63.

[75] *Ibidem*, p. 64.

[76] *Idem.*

B. *Concentración de nacionales y extranjeros*

Es bien sabido que durante la ocupación nazi en Europa se instauraron campos de exterminio en contra de la población de origen judío, menos conocido es el hecho de que en Estados Unidos de América existieron campos de concentración, si bien no de exterminio, como los de los regímenes fascistas, si de exclusión y confinamiento[77]. Sin embargo, es aún menos conocido el hecho del confinamiento en las fronteras norte y sur, de ciudadanos civiles alemanes, italianos y japoneses en la república mexicana.

El artículo 11 de la Ley de Suspensión de Garantías, del 11 de junio de 1942 disponía en aquel entonces que: "El Presidente de la República, con exclusión de toda otra autoridad, cualquiera que fuera su categoría, podría ordenar, mediante acuerdo por escrito, y mientras durará la suspensión de garantías, la concentración de tiempo indefinido, de extranjeros y aun de nacionales, en lugares determinados".

Hasta la fecha es indeterminada la cantidad de personas que sufrieron esta cuestionable medida.

La facultad para llevar a cabo la concentración era exclusiva del presidente de la República, la cual no era sometida a ningún tipo de control por parte de la autoridad judicial, ni por el Congreso de la Unión, siendo únicamente necesario expresarlo por escrito.[78]

---

[77] En Estados Unidos la orden ejecutiva 9066, del 19 de febrero de 1942, permitía a los secretarios de guerra y a los comandantes militares diseñar áreas para excluir personas de origen japonés, con ordenes de proveer en esas áreas transportación, comida y otros servicios. El 21 de marzo del mismo año el Congreso ratificó indirectamente la medida convirtiendo en un delito la violación a esta orden ejecutiva, lo que ocasionó que 112 000 personas, de las cuales las dos terceras partes eran ciudadanos estadounidenses, fueran recluidas en "centros de detención" que no constituían otra cosa que campos de concentración. El caso Hirabayashi llevó a la Suprema Corte concretamente dos disposiciones penales que eran objeto de sanción penal: la falta de registro de americanos de origen japonés para su traslado a un campo de detención y las faltas por no obedecer las previsiones militares para personas de raza japonesa en el estado de Washington. En una decisión por demás desafortunada la Suprema Corte decidió que dichas medidas eran pertinentes, lo cual avaló la acción del presidente al dictar dichas medidas aprobando a su vez la ratificación del Congreso, argumentando que por medidas de seguridad los ciudadanos estadounidenses de origen japonés debían someterse a este tipo de controles ya que constituían una amenaza a la defensa y seguridad nacional, las cuales demandaban medidas prontas y adecuadas para hacerles frente. Véase Hirabayashi *vs.* United States, 320 U.S. 81 (1943). El caso Korematsu, es aún más significativo, ya que al promulgarse las leyes y decretos respectivos, Korematsu —cuya lealtad al igual que la de Hirabayashi era incuestionable—, evadió la aplicación de la orden de exclusión, en una decisión con los mismos matices que la anterior, la Corte condenó al demandante. Véase Korematsu *vs.* United States, 323 U.S. 214 (1944). En el mismo tenor véase: Duncan *vs.* Kahanamoku, Sheriff, 327 U.S. 304 (1946).

El encargado de aplicar dichas políticas de exclusión fue el entonces gobernador de California, Earl Warren. Eventualmente, Warren fue nombrado presidente de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos por Eisenhower dando paso a uno de los periodos más lúcidos en la defensa de los derechos civiles en esa nación. Muchos especialistas destacan que los esfuerzos progresistas de Warren en la Corte se dieron a partir de su sentimiento de culpa por lo que había pasado en California en los años de la Segunda Guerra Mundial.

[78] DETENCIÓN Y CONCENTRACIÓN, ES LA FACULTAD EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. (LEY DE SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS INDIVIDUALES). Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXXIII, Quinta Época, Primera Sala, p. 698.

También se previó la concentración no sólo de extranjeros, sino también de nacionales, negando cualquier recurso administrativo e incluso judicial por tiempo indefinido, restringiendo el derecho fundamental del artículo 14 constitucional. Es así como la Suprema Corte llegó a avalar estas prácticas por demás arbitrarias disponiendo lo siguiente:

> Concentración de extranjeros y de nacionales, en lugares determinados ley de prevenciones generales sobre suspensión de garantías. Las garantías consignadas en el artículo 14 de la Constitución federal, quedarán restringidas cuando el presidente de la república, con exclusión de toda otra autoridad, cualquiera que sea su categoría, ordene, mediante acuerdo por escrito y mientras dure la suspensión de garantías, la concentración por tiempo indefinido, de extranjeros y aún de nacionales, en lugares determinados.[79]

Resulta aberrante la estrechez del criterio de la Suprema Corte, aunque cabe señalar que en la actualidad existirían por lo menos dos nuevas razones legales para que disposiciones de este tipo no puedan surgir ante una emergencia: las opiniones consultivas de la Corte Interamericana que prohíben la suspensión del *habeas corpus* y otras garantías indispensables y las disposiciones de tratados internacionales sobre derechos humanos que protegen a los ciudadanos en contra de decisiones impregnadas de tal arbitrariedad.

C. *Materia civil y penal*

Las controversias que llegaron en estas materias fueron realmente pocas; en materia civil, se enfocaron principalmente a casos de arrendamiento, y en materia penal a conflictos de competencia entre entidades federativas, el Congreso de la Unión y el Ejecutivo. En aquel entonces la Suprema Corte permitió la libre tipificación de delitos por parte del Ejecutivo. En especial, resultan preocupantes las disposiciones que autorizaron en su momento al Ministerio Público a solicitar a la autoridad judicial que negara la libertad caucional a un indiciado si se tenía la sospecha que pudiese ser su libertad un peligro para la seguridad.[80]

---

[79] Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXXI, Quinta Época, Primera Sala, p. 4128.

[80] La Suprema Corte en la tesis SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS INDIVIDUALES, (LIBERTAD CAUCIONAL) dispuso que "Conforme el artículo 15, fracción I, de la Ley de Prevenciones Generales, relativa a la suspensión de garantías, de once de junio de mil novecientos cuarenta y dos, la consignada en el artículo 20, de la fracción I, de la Constitución Federal, cuando se trata de los delitos mencionados en el artículo 12 de aquella Ley, está sujeta a la restricción consistente en que no se decrete la libertad bajo fianza, en los casos en que, de concederse, pueda, a juicio del agente del Ministerio Público federal, ser perjudicial para la defensa nacional o para el orden público, y entre los delitos a que se refiere el citado artículo 12, están los de asociación delictuosa, rebelión, y resistencia por medios de las armas a la fuerza federal, casos en los cuales es procedente negar la libertad caucional, bastando para ello la petición del agente del Ministerio Público, independientemente de que su pedimento puede o no, ser recurrido por los quejosos, ante el ciudadano procurador general de la República, pues este hecho, depende de la voluntad de los agraviados, en nada influye respecto de la restricción de la garantía de la libertad bajo

La Suprema Corte señaló que el único facultado para dictar las prevenciones generales que reglamentan los términos de la suspensión de garantías individuales era el Ejecutivo, incluso en materia de arrendamiento, lo que eventualmente permitió que el entonces Presidente de la República emitiera un decreto en el cual se congelaban los montos de las rentas en el Distrito Federal.

> ARRENDAMIENTO, CONTRATOS DE, LAS LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REGLAMENTAR LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, CON RELACIÓN A ESOS CONTRATOS. (LEGISLACIÓN DE DURANGO). De los términos del decreto del Congreso de la Unión, de primero de junio de mil novecientos cuarenta y dos, publicado en el Diario Oficial de dos de junio de mismo año, se desprende de manera clara, que únicamente se facultó al Ejecutivo de la Unión, para dictar las prevenciones generales que reglamentan los términos de la suspensión de garantías individuales. Ahora bien, el decreto expedido por la legislatura del estado de Durango, por el cual se ordenó la prórroga de los contratos de arrendamiento vigentes para casas, locales y viviendas destinadas para habitación, y se previno que los juicios de desocupación por terminación del contrato de arrendamiento, que estén pendientes al entrar en vigor ese decreto, se darán por concluidos, de hecho está reglamentando la suspensión de garantías, puesto que se modifican los derechos de propiedad garantizados por el artículo 27 constitucional, por lo que es indudable que la indicada legislatura no tuvo facultades constitucionales para legislar en semejante materia; de manera que debe estimarse que la expedición y la promulgación de ese decreto, son violatorias de garantías en perjuicio del quejoso, al serle aplicadas a éste; las disposiciones del referido decreto, en el juicio sumario de desocupación seguido por el propio quejoso.[81]

D. *Garantías judiciales en tiempos de suspensión*

Uno de los temas menos conocidos dentro del constitucionalismo mexicano durante la última suspensión de garantías fue el de la falta de garantías efectivas para combatir los decretos del Ejecutivo por medio del juicio de amparo, ya que de una revisión de los casos de la época, podemos percatarnos, no sólo del increíble porcentaje de casos decididos a favor del gobierno y en contra de los quejosos, sino de las causales de improcedencia establecidas por la misma Corte, que hicieron muy difícil, si no imposible, que la gran mayoría de la población tuviese por lo menos esperanza de obtener algún éxito en contra de una ley o decreto que suspendiera garantías de forma injustificada y arbitraria.

Durante la suspensión de derechos y garantías en nuestro país, en los años cuarenta, no sólo podemos hablar de la inexistencia de sistemas de tutela efectiva, sino que debemos incluso mencionar que los sistemas existentes en aquel entonces fueron abolidos, en este caso nos referimos concretamente al juicio de amparo, ya que la

fianza, entretanto no sea revocado por el procurador general de República, el citado pedimento". Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXIII, Quinta Época, Primera Sala, p. 7392.

[81] Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXXV, Quinta Época, Tercera Sala, p. 105.

ley de suspensión de garantías era inmune a esta institución.[82] Lamentablemente, así lo ratificó la Suprema Corte que en aquel entonces adoptó el siguiente criterio bajo argumentos poco convincentes.

> SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS INDIVIDUALES. El artículo 18 de la Ley de Prevenciones Generales, relativa a la suspensión de garantías, de once de junio de mil novecientos cuarenta y dos, determina que cuando se hubiesen admitido alguna demanda de amparo, en que se dé apariencia diversa al acto reclamado, debe sobreseerse en el juicio, tan luego como se tenga conocimiento, por virtud del informe de una autoridad federal, que el acto se encuentra fundado en la citada ley...[83]

Esta interpretación era hasta cierto punto matizada por la misma resolución de la Corte que disponía que era necesaria la adecuada fundamentación en dicha ley: "…pero si de ese mismo informe se desprende, que el acto no está fundado en la repetida ley, sería absurdo sobreseer en el juicio, por la simple afirmación de la autoridad informante, de que el caso debe ser considerado como comprendido en la Ley de Prevenciones Generales...".[84]

Ante esta disposición resultaba obvio que la autoridad iba a tratar de enmarcar perfectamente el acto dentro de la Ley de Suspensión, teniendo ante ello el quejoso ningún medio de defensa jurisdiccional posible, ya que incluso la facultad investigadora de la Corte no era efectiva. A todas luces resulta inconstitucional la redacción de la propia ley y aún más su interpretación, al autorizar que dichos actos de autoridad no debían estar fundados y motivados propiamente, siendo en esto muy explícita la Corte al mencionar que:

> El artículo 18 de la Ley de Prevenciones Generales, relativo a la suspensión de garantías, de modo terminante previene que no se dé entrada a ninguna demanda de amparo en que se reclame alguna disposición de las leyes de emergencia o un acto derivado de las mismas, y que cuando se hubiere admitido alguna demanda en que se dé apariencia diversa al acto reclamado, deberá sobreseerse en el juicio, tan luego como se tenga conocimiento, a virtud de informe de autoridad federal, de que tal acto se encuentra fundado en las citadas leyes, debiéndose, si se hubiera dictado auto de suspensión provisional o definitiva, revocarse de plano y sin recurso alguno. Ahora bien, como es indiscutible que un juez de distrito y el agente del Ministerio Público a él adscrito, tiene el carácter de autoridades federales, si ellas informan que los delitos que se atribuyen a los quejosos y por los cuales se les mandó aprehender, están comprendidos en el artículo 7o., de la Ley Reglamentaria del artículo 1o. de la Ley de Prevenciones Generales, relativo a la suspensión de garantías individuales, el juzgado de distrito que

[82] El artículo 18 de la Ley de Prevenciones Generales, relativa a la suspensión de garantías individuales, del 11 de junio de 1942, textualmente previene: "No se dará entrada a ninguna demanda de amparo en que se reclame alguna disposición de las Leyes de Emergencia o algún acto derivado de las mismas".

[83] Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXVII, Quinta Época, Primera Sala, p. 4619.

[84] *Idem*.

> hubiese admitido la demanda de amparo, obra legalmente al sobreseer en el juicio, revocando la suspensión concedida...[85]

En la actualidad —como hemos tratado de hacer énfasis— dichas resoluciones y criterios serían eventualmente inaplicables en nuestro país, debido a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que prevé que en situaciones de crisis, no es dispensable la garantía de protección de *habeas corpus,* y al igual que otras garantías indispensables como el Estado de derecho. Éste es un criterio importante que sienta un buen precedente en la materia y que es obligatorio para el Estado mexicano (véase *supra*).

E. *Vuelta a la normalidad*

El tránsito del derecho de excepción al derecho de la normalidad en la última suspensión de derechos y garantías en México no fue menos complicado.[86]

Los problemas fueron variados; no obstante, el caso más lamentable fue el de los conflictos y confusiones que se generaron después de terminada la Segunda Guerra Mundial y el hecho de que la suspensión de derechos y garantías siguió surtiendo efecto.

En materia penal, resulta al menos cuestionable que se siguieran aplicando normas de emergencia aún en tiempos de normalidad, como fue el caso de disposiciones que siguieron surtiendo efecto inmediatamente después de terminada la guerra. Varios criterios de la Suprema Corte avalaron esta situación.

> Competencia en materia penal, tratándose de procesos pendientes al levantarse la suspensión de garantías. (Legislación de emergencia). Por el hecho de que las leyes de emergencia, de carácter penal, hubieren sido derogadas, no puede admitirse que hayan desaparecido los hechos delictuosos que se previeron y penaron por tales leyes y por lo mismo, hubieren dejado de tener el carácter de delitos, ya que, por el contrario, al establecerse en la fracción I del artículo 11, del Decreto de veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, que las autoridades judiciales del fuero federal, continuarían conociendo de los procesos[87] relativos, esta disposición revela que esos delitos seguirían siendo sancionados conforme a aquellas leyes, pero con las salvedades de procedimientos y de aplicación de penas que el mismo artículo 11 se señalaron en forma expresa. En consecuencia, con el mismo criterio, debe declararse que la competencia que se dirime radica en el juez federal.

La mayor parte de los criterios de la época se enfocan, como en el caso anterior, a la distinción de competencias que imponía la legislación de emergencia. También,

---

[85] Suspensión de garantías, sobreseimiento del amparo pedido contra las leyes de emergencia, Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXVI, Quinta Época, Primera Sala, p. 3389.

[86] Cueva, Mario de la, *op. cit.*

[87] Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CI, Quinta Época, Pleno, p. 2232.

la Suprema Corte emitió varias sentencias validando la aplicación de esta legislación después de levantada la suspensión de garantías.

> LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA APLICACIÓN DE LA, DESPUÉS DE LEVANTADA LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS. El artículo 11 del decreto que levantó la suspensión de garantías, decretada el primero de junio de mil novecientos cuarenta y dos, establece que no obstante lo dispuesto en el artículo 2o., se observarán, respecto de los delitos cometidos durante el estado de suspensión de garantías y bajo la vigencia de la legislación de emergencia, entre otras prescripciones, las siguientes: "las averiguaciones previas y los procesos pendientes se seguirán tramitando por la autoridad a quienes dio competencia aquella legislación"; lo que significa que la ley, en forma expresa, determina que continúe conociendo del proceso la autoridad federal, sin que en la especie se pueda afirmar que dicho artículo es inconstitucional, porque haya vuelto al país el orden constitucional, ya que mientras no se establezca y decida por la suprema corte una controversia al respecto, no se puede hacer tal declaración en forma apegada a la ley fundamental de la República.[88]

Debemos poner especial atención a esta situación ya que no sólo se repitieron dichas irregularidades en materia penal, sino también en materia fiscal y laboral, donde gran parte de la legislación de emergencia pasó con aprobación del Congreso a constituir leyes aplicables a la normalidad.[89]

Por último, resulta desafortunado que el decreto de 28 de septiembre de 1945 que levantó la suspensión de garantías en nuestro país (siendo que la guerra finalizó el 15 de agosto de ese año), no se le haya considerado como autoaplicativo, sino de carácter heteroaplicativo.[90]

3. *La inaplicación del artículo 29 constitucional en materia de suspensión de garantías y su sustitución por otros mecanismos ordinarios*

Actualmente la suspensión de garantías sigue regulada por el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este precepto ha sufrido

---

88 Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCIII, Quinta Época, Pleno, p. 326.

89 *Cfr.* En materia hacendaria, SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, REFRENDO DEL DECRETO QUE LA LEVANTÓ, Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXIV, Quinta Época, Segunda Sala, p. 604. En materia laboral, SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, REFRENDO DEL DECRETO QUE LA LEVANTÓ, EL ESTADO DE, Y QUE RATIFICÓ, CON EL CARÁCTER DE LEY ORDINARIA, LA DE COMPENSACIONES DE EMERGENCIAS AL SALARIO INSUFICIENTE, Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCIII, Quinta Época, Pleno, p. 326.

90 SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, EL DECRETO QUE LA LEVANTÓ, NO ES DE INMEDIATA EJECUCIÓN, Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXII, Quinta Época, Segunda Sala, p. 586. Expresa textualmente que: "El decreto de veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, no es de carácter autoaplicativo pues no reúne los requisitos excepcionales necesarios para ello, ya que no comprende a personas determinadas por circunstancias concretas, único caso en que la ley o disposición legal debe considerarse autoaplicativa".

cuatro reformas desde 1917. La primera del 21 de abril de 1981, la segunda del 2 de agosto de 2007, la tercera y tal vez la más importante, del 10 de junio de 2011, y la última del 10 de febrero de 2014.

Sin embargo, es al menos peculiar tomar en cuenta que este mecanismo extraordinario no se ha puesto en marcha desde 1942. Esto no significa que en la historia reciente del país no fuese necesario hacer uso de las herramientas que ofrece una suspensión de garantías constitucional. En todo caso, la desaparición de esta figura en la práctica constitucional mexicana probablemente sea porque dentro de la normatividad de la normalidad se han ido incorporando gradual, pero decididamente, herramientas que en otros Estados constitucionales se encuentran reservadas a facultades extraordinarias y excepcionales.

Al respecto, cabría citar tres escenarios en donde facultades que pareciesen estar reservadas a la excepcionalidad pueden ser puestas en marcha por el Ejecutivo federal en el marco de una normalidad "formal" ante emergencias declaradas de *facto*. Sin que esta lista sea de ninguna manera excluyente de otros temas y circunstancias de lo más variadas encontramos como muestra:

- El uso del Ejército en caso de desastres naturales.
- El uso de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública.
- Las facultades del Poder Ejecutivo en materia de emergencias sanitarias para restringir derechos.

A. *El uso del Ejército en caso de desastres naturales*

En cuanto al primer punto habría que mencionar que al Ejército, desde hace varias décadas, se le ha incluido en tareas de protección civil por medio del denominado "Plan DN-III E". Dicho Plan tiene sus antecedentes en directivas que se remontan a los años sesenta cuando fueron creadas por el entonces presidente Gustavo Díaz Ordaz para atender una emergencia en los estados de Veracruz y Tamaulipas, la evidente falta de un organismo específico que acudiera de inmediato al auxilio de los habitantes de las zonas afectadas, originó que el gobierno de la República girara instrucciones para que la Secretaría de la Defensa Nacional procediera a elaborar un Plan, a fin de garantizar la oportuna asistencia a las poblaciones afectadas por diversos tipos de desastres naturales.[91] El Plan así, desde un principio se articuló en dos fases: la de prevención y la de auxilio.

Comentar sobre el Plan DN-III E en definitiva no es sencillo, ya que existe un desconocimiento general sobre cuáles son sus directivas específicas. El desconocimiento sobre el mismo en una situación de crisis puede generar un gran caos como

[91] Con el Plan DN-III-E, se atiende a las poblaciones afectadas por fenómenos perturbadores tales como sismos, actividad volcánica, tormentas, huracanes, inundaciones, deslaves, bajas temperaturas, heladas y nevadas, incendios, fugas y derrames de sustancias peligrosas, explosiones; accidentes aéreos, terrestres, marítimos y fluviales.

sucedió en el sismo en la Ciudad de México en 1985, donde existió una completa descoordinación por parte de las autoridades y en donde nadie sabía con exactitud en qué consistía este Plan.[92]

Si bien, el Plan ha ayudado a muchas personas en situaciones de desastre, la incursión de las Fuerzas Armadas en tareas de protección civil ante una catástrofe natural parece contraria al texto de la misma Constitución que prohíbe el uso de las Fuerzas Armadas en tiempos de paz, según lo dispone su artículo 129. Sin embargo, parecería necesaria una clara regulación constitucional en esta materia para darle certeza a la labor institucional que se realiza en el territorio nacional con bastante frecuencia.[93]

B. *El uso de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública*

En lo que respecta al uso de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública, la controversia respecto a este punto se dirimió judicialmente en la acción de inconstitucionalidad 1/96, promovida por un grupo de diputados.

La *litis* versó principalmente sobre la constitucionalidad de las fracciones III y IV del artículo 12 de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, que según los recurrentes violaba el artículo 21 constitucional. Los diputados argumentaban que en dicho precepto no se establecía la participación de las secretarías de la Defensa Nacional ni de Marina en tareas de seguridad pública, consistiendo por tanto en una violación a la Constitución el hecho de que se les incluyera en el artículo 12 de la Ley Reglamentaria del Sistema Nacional de Seguridad Pública como miembros del Consejo Nacional. También se argumentaba que carecía de justificación y sustento dicha disposición, ya que el propósito de la misma era lograr la coordinación de cuerpos policiacos y de autoridades encargadas de la prevención y persecución de los delitos, y no la inclusión de dos instituciones cuyos objetivos eran diversos, con lo cual se conformaba "una amalgama confusa" (*sic*), que se podía calificar de "riesgosa" (*sic*) y evidentemente al margen del precepto fundamental ya citado. La Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó que el texto constitucional no señalaba a ninguna dependencia u organismo ni para incluirlos ni para excluirlos, por lo que válidamente se podía inferir que ello se dejó al legislador ordinario. Siendo que claramente se preveía en

[92] Hernández, Bolivar, "¿En dónde está la ayuda internacional?" , *La Jornada*, 28 de septiembre de 1985, p. 7: "No obstante el auxilio enviado por varios países, la mayoría de los afectados por el terremoto están desamparados. Miles han improvisado viviendas en la calle. Falta coordinación y el plan DN-III resultó ser un operativo militar reducido". En el mismo sentido Michelena, Margarita, "Nueva conciencia", en *Excelsior* 7 de octubre de 1985, secc. A, p. 7: "El temblor del 19 de septiembre no sólo sacudió la tierra. También sacudió la conciencia ciudadana ante la ineptitud oficial, ya no para remediar en lo posible los efectos del desastre, sino para haberlos prevenido con algo más que el 'misterioso' Plan DN-III".

[93] Sobre el funcionamiento especifico del Plan véase Cienfuegos Salgado, David. "Las Fuerzas Armadas y la protección civil: el plan DN-III", en Salgado Cienfuegos, David y Luna Canales Armando (coords.), *Protección Civil. Régimen Jurídico de la Protección Civil en México,* El Colegio de Guerrero, 2011, pp. 15 y ss.

el párrafo anterior al aludido que dichas actividades a favor de la seguridad pública serán especificadas constitucionalmente.

En su segundo concepto de invalidez, los legisladores promoventes de la acción de inconstitucionalidad argumentaron que las fracciones III y IV del artículo 12 de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, contravenía lo dispuesto en el artículo 129 constitucional, al usurpar el Ejército, Armada y Fuerza Aérea, funciones que corresponden únicamente a las autoridades civiles.

Al respecto, la Corte consideró que no se transgredía al artículo 21 constitucional al integrarse el Consejo Nacional de Seguridad Pública con los secretarios de Marina y Defensa Nacional, porque este órgano, según los ministros, administrativamente no tenía facultades ejecutivas.

Esta posición inicial es complementada con el argumento de que no debían identificarse al Ejército, Armada y Fuerza Aérea con las secretarías de Defensa Nacional y Marina, pues, por una parte, éstas tienen funciones que van más allá de las militares, como se desprendía de los artículos 29 y 30 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que establecen una gran variedad de funciones. Así, para determinar el alcance del artículo 129 constitucional, se acudió a sus antecedentes en la solemne Sesión del Constituyente de 1857, del 13 de agosto de 1856. Los ministros concluyeron que: "La intención del legislador Constituyente se dirigió a establecer que cuando se invoque la necesidad de contar con el apoyo de la fuerza militar ésta pueda actuar en apoyo de las autoridades civiles".

Aun llegó la Suprema Corte más lejos al interpretar armónicamente el primer párrafo del artículo 16 constitucional y los artículos 1o. y 3o. de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, y 1o. y 2o. de la Ley Orgánica de la Armada de México aduciendo que:

> La interpretación armónica del primer párrafo del artículo 16 de la carta magna, con los preceptos legales reproducidos anteriormente, lleva a la conclusión de que dentro de nuestro sistema jurídico el Ejército, Fuerza Aérea y Armada de México son competentes para intervenir en labores de seguridad interior, auxiliar a la población civil en casos de necesidades públicas, realizar acciones cívicas y obras sociales, en caso de desastres prestar la ayuda para el mantenimiento del orden, auxilio de las personas y sus bienes y la reconstrucción de las zonas afectadas, coadyuvar en la vigilancia de los recursos del país y otras funciones que claramente trascienden el contenido de un concepto limitado y estrecho de "disciplina militar". Las Fuerzas Armadas se encuentran al servicio de la sociedad mexicana, no sólo porque sus misiones generales están íntimamente vinculadas a su seguridad, sino porque ello implica necesariamente, como se afirmó, el respeto a las garantías individuales de los gobernados.

Asimismo, la Suprema Corte estimó que "el Ejército, Armada y Fuerza Aérea no sólo podrán actuar cuando se quebrante la paz por un conflicto con una potencia extranjera, sino también para salvaguardar la seguridad interior del país". Sin embargo, en ningún momento definen qué es seguridad interior y sus diferencias o

similitudes entre ella y la seguridad pública, tampoco se esgrime algún argumento o intento de definición sobre cuáles son las funciones que tienen conexión exacta con la disciplina militar, aun así, se mencionó lo siguiente:

> De la interpretación armónica de la fracción VI del artículo 89 con el numeral 129 en análisis, se desprende que dentro de las funciones que tienen conexión exacta con la disciplina militar a las que se refiere el último numeral, se encuentran la de auxiliar a las autoridades civiles cuando, por las circunstancias del caso, requieren de la fuerza militar para salvaguardar la seguridad interior de la Nación.

Lo anterior es matizado dándole un carácter primordial a las autoridades civiles:

> Es preciso insistir en que, derivado del origen histórico del artículo 129 constitucional, salvo la situación excepcional de suspensión de garantías, en todo caso y bajo cualquier circunstancia, las Fuerzas Armadas no pueden actuar automáticamente, sino en estricto auxilio a las autoridades civiles y siempre y cuando se solicite expresamente su apoyo.

Todas estas consideraciones llevaron a la Suprema Corte a afirmar que las funciones que tienen exacta conexión con la disciplina militar no se circunscriben necesariamente a las funciones militares como a continuación se transcribe:

> Consiguientemente, las funciones que tienen exacta conexión con la disciplina militar a las que se refiere el artículo 129 constitucional, van más allá de las labores internas de la vida militar y se circunscriben necesariamente a cumplir con las facultades y funciones que el código político y las leyes emanadas de éste, asignan al Ejército, Armada y Fuerza Aérea nacionales, dentro de las cuales se encuentra la de auxiliar a las autoridades civiles con el uso de la fuerza de la que disponen en labores relacionadas directa o indirectamente con la seguridad pública y con las limitaciones estrictas que establece nuestro régimen jurídico.

De dicha ejecutoria se derivaron las tesis aisladas 25, 26, 27, 28, 29 y 30 de 1996, las cuales se publicaron como tesis jurisprudenciales 34, 35, 36, 37, 38 y 39 de 2000. Concretamente, a partir de esta resolución, la Suprema Corte llegó a las siguientes consideraciones:

1. La determinación de cuáles son las funciones del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, por medio del estudio sistemático de la Constitución y, por lo mismo, la comprensión de las garantías individuales y de la seguridad pública, conforme al régimen jurídico entonces vigente.
2. Que la realización de la seguridad pública presupone el respeto al derecho y en especial de las garantías individuales.

3. Que el Ejército, Fuerza Aérea y Armada, si bien pueden participar en acciones civiles en favor de la seguridad pública en situaciones en que no se requiera suspender las garantías ello debe obedecer a la solicitud expresa de las autoridades civiles a las que deberán estar sujetos, con estricto acatamiento a la Constitución y a las leyes.
4. Que el Ejército, Fuerza Aérea y Armada pueden actuar acatando órdenes del presidente, con estricto respeto a las garantías individuales, cuando sin llegarse a situaciones que requieran la suspensión de aquéllas, hagan temer, fundadamente, que de no enfrentarse de inmediato sería inminente caer en condiciones graves que obligarían a decretarla.
5. Que la participación en auxilio de las autoridades civiles del Ejército, Armada y Fuerza Aérea es constitucional (interpretación del artículo 129 de la Constitución).
6. Que la participación de los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública, no viola el artículo 21 constitucional.

C. *Las facultades del Poder Ejecutivo en materia de emergencias sanitarias para restringir derechos*

El último supuesto se relaciona con las facultades del Poder Ejecutivo en materia de emergencias sanitarias. Estas disposiciones, vigentes en la Ley General de Salud, tuvieron aplicación en la emergencia sanitaria de abril de 2009 provocada por el inesperado brote de la influenza AH1N1.

En el decreto por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica se contemplaron disposiciones que en muchos países democráticos sólo se podrían tomar bajo un régimen de suspensión de garantías.

En el artículo segundo del decreto se contemplaba que la Secretaría de Salud, con el propósito de combatir la epidemia y cuando lo estimará pertinente, implementaría de manera inmediata en las regiones afectadas de todo el territorio nacional, acciones como las siguientes:

- El aislamiento de personas que puedan padecer la enfermedad y de los portadores de gérmenes de la misma, por el tiempo que resulte estrictamente necesario, así como la limitación de sus actividades, cuando así se amerite por razones epidemiológicas (fracción I).
- El ingreso a todo tipo de local o casa habitación para el cumplimiento de actividades dirigidas al control y combate de la epidemia (fracción IV).
- Ordenar las medidas atingentes a fin de evitar congregaciones de personas en cualquier lugar de reunión, incluyendo la clausura temporal de locales o centros de espectáculo (fracción VIII).

- La encomienda a las autoridades federales, estatales y municipales, así como a los profesionales técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud, el desempeño de las actividades que estime necesarias (fracción IX).
- La regulación del tránsito terrestre, marítimo y aéreo, así como disponer libremente de todos los medios de transporte de propiedad del Estado y de servicio público, cualquiera que sea el régimen legal a que estén sujetos estos últimos (fracción X).
- La utilización libre y prioritaria de los servicios telefónicos, telegráficos y de correos, así como las transmisiones de radio y televisión, estableciendo las directrices informativas necesarias a fin de transmitir clara y oportunamente las medidas que se adopten para afrontar la contingencia (fracción XI).

Estas medidas, que sin duda en un tipo de emergencia como la que se presentó se encontrarían justificadas, deben estar respaldadas por un marco constitucional que otorgue certeza a los individuos que habitamos este país. Estas previsiones ¿no hubiese sido conveniente que se instauraran bajo un régimen de suspensión de garantías con el control del Congreso de la Unión y la supervisión internacional que se contempla en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

V. El nuevo régimen de suspensión de garantías a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011

El 11 de junio de 2011 se llevó a cabo la reforma más importante en materia de derechos humanos a nuestra Constitución desde su creación en 1917. Dicha reforma, que introdujo el concepto de derechos humanos en lugar del de garantías individuales también modificó el artículo 29 constitucional. Adicionalmente, como se comentaba líneas arriba, se reformó el 10 de febrero de 2014, para así dejar el texto constitucional como sigue:

> Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquél no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.
>
> En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la naciona-

lidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

Así el nuevo texto constitucional del artículo 29 contempla:

- Una lista de derechos no derogables bajo ninguna circunstancia.
- Una serie de principios en los que deberá estar fundada y motivada la suspensión.
- La facultad de Congreso de la Unión para revocar el decreto de suspensión de garantías.
- El control judicial abstracto por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- La obligación de promulgar una Ley Reglamentaria en la materia (según el artículo cuarto transitorio de la reforma de junio de 2011).

Sin perjuicio de la importancia de todos los puntos, el último merecería una mención especial. La legislación secundaria en la materia tendría necesariamente que tener una redacción clara y concisa que no pudiera prestarse a malas interpretaciones, es, en efecto, un asunto de técnica legislativa. La redacción actual del artículo 29 es por demás ambigua, por ejemplo, se refiere a términos como "perturbación grave de la paz pública", "peligro", "conflicto".

Los requisitos mínimos que deberá incluir una legislación para regular las situaciones de emergencia en México son los siguientes:

- Poseer una redacción clara y concisa.
- Prever un régimen diferenciado para dar solución a diversas emergencias por distintos medios.
- Contemplar el cumplimiento de las obligaciones internacionales.[94]

[94] Sobre todo en lo dispuesto *inter alia* por el artículo 27.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone: "Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del

- Regular las funciones de las Fuerzas Armadas.
- Desarrollar los principios rectores de la suspensión constitucionalmente previstos.

En muchas legislaciones en el derecho comparado se da el caso de que la legislación secundaria es la encargada de llevar a cabo la división del régimen diferenciado de suspensión de garantías, en nuestro caso sería muy conveniente dividir básicamente en tres tipos de situaciones a tratar:

1. Emergencias causadas por fenómenos naturales que pongan en peligro a la población de una determinada parte del país, que en su caso impliquen la suspensión o restricción de ciertos derechos para hacerles frente.
2. Emergencias causadas por graves problemas de seguridad pública, como serían el caso de disturbios callejeros a gran escala, implicando la suspensión de algunos derechos en relación con la libertad de tránsito.
3. Emergencias generadas por una situación de tipo militar que conlleven el uso del ejército para repeler una invasión o acción armada, de acuerdo a la definición dada por el derecho internacional humanitario.

Por una parte es evidente que la reformulación del precepto en los términos antes descritos sería de gran ayuda, pero de poco o nada servirá si no se da en el contexto de un gran debate nacional en torno a los alcances de las facultades que actualmente tiene el Ejecutivo federal que pueden llegar a abarcar circunstancias en las que verdaderamente debería operar una suspensión de garantías.

Despuoy, propone una serie de principios regulatorios para que el derecho de excepción sea eficaz y a la vez respete los diversos órdenes constitucionales nacionales democráticos y cumpla con los estándares mínimos internacionales, por lo cual, prevé que en caso de que se origine una suspensión de derechos y garantías:

- Se lleve a cabo una declaración oficial, de manera pública.
- Se ajusten las medidas a un marco jurídico previamente establecido, con mecanismos de control a la actividad de las autoridades de aplicar las medidas restrictivas de derechos así como las que tengan que enfrentar el problema.
- Se adopten dicha medidas con un carácter temporal definido.
- Sean para hacer frente a una amenaza excepcional, a la cual no se le pueda hacer frente con el marco jurídico ordinario.
- Que las medidas sean proporcionales a la emergencia.
- No siendo discriminatorias para ningún grupo social.
- Siendo compatibles, concordantes y complementarias a las diversas normas de derecho internacional que regulan la suspensión de derechos y garantías.[95]

secretario general de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".

[95] Véase Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en el paradigma neoconstitucional*, México, Oxford University Press-Universidad Olmeca, 2010, pp. 47 y ss.

VI. Reflexiones finales

A manera de reflexión final, se debe tomar en cuenta que el rol de la figura constitucional de suspensión de garantías se ha encontrado determinado en México a partir de su régimen político que ha girado en torno a la figura del presidente de la República. Estas facultades, que incluso Jorge Carpizo llegó a calificar como "metaconstitucionales", a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1917 se fueron ensanchando e incluso legítimando judicialmente. Dentro de esas amplias facultades se encontraban aquellas que correspondería usar dentro de una suspensión de garantías.

Desafortunadamete, una revisión de este tema no se ha realizado con la amplitud necesaria y todavía no ha sido expedida una ley reglamentaria en la materia por el Congreso de la Unión (a pesar del mandato constitucional). Sin embargo, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 es una oportunidad para "reconstruir" esa figura de nuestro constitucionalismo. La reforma sin duda da una función importante al Poder Legislativo para regular esta figura, así como a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para controlar situaciones concretas en que la misma sea necesaria. De nuestros legisladores dependerá mucho que esta institución realmente pueda funcionar y refundarse en nuestro constitucionalismo con todos los sistemas de control judicial y políticos requeridos tanto en el ámbito nacional como internacional propios de cualquier Estado democrático y constitucional.

CIEN AÑOS DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

Jacqueline PESCHARD*

SUMARIO: I. *La privacidad: un tema de agenda global, hoy*. II. *Los antecedentes: la privacidad en la regulación de los derechos individuales*. III. *La privacidad como derecho fundamental*. IV. *Un nuevo derecho: la protección de datos personales*. V. *Breves comentarios finales*.

I. LA PRIVACIDAD: UN TEMA DE AGENDA GLOBAL, HOY

Hoy en día, la privacidad es un tema de agenda global, porque la proliferación de las nuevas tecnologías digitales nos expone cotidianamente a la mirada de todos y, peor aún, a un eventual mal uso de nuestra información, poniendo en riesgo nuestra seguridad. El carácter intrusivo de las nuevas herramientas informáticas ha llevado a dudar si existe la privacidad. Scott McNealy, presidente de Sun Microsystems afirmaba en 1999 que más vale resignarnos a no tener privacidad.[1]

La amenaza a la privacidad, como espacio propio de la persona individual que debe estar libre de la intervención de cualquier corporación, autoridad, no sólo se desprende de los grandes avances informáticos que permiten el flujo de información a velocidades y en cantidades antes impensables, sino de problemas de distinta índole que nuestras sociedades enfrentan en la actualidad. La globalización ha hecho que el interés de las empresas por vender sus productos y servicios al mayor número de usuarios se vuelque en cómo tener una lista amplia de posibles consumidores con sus perfiles personales.

* Profesora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales y Coordinadora del Seminario Universitario de Transparencia, UNAM.

[1] McNealy decía: "You already have zero privacy. Get over it", citado por Piñar Mañas, José Luis, "Existe privacidad", en *Protección de datos personales. Compendio de lecturas y legislación*, México, H. Cámara de Diputados, IFAI, ITAM, 2010, p. 15.

Pero esta invasión a la esfera privada también obedece a fines delictivos, pues para los criminales tener abundancia de datos personales les permite focalizar y hacer más eficaces sus actos ilegales, incrementando nuestro riesgo y vulnerabilidad. El terrorismo, el narcotráfico y el crimen organizado han llevado a los gobiernos a justificar, en aras de la seguridad ciudadana, auténticas invasiones a la vida privada de las personas, interviniendo comunicaciones, limitando el libre tránsito, o vigilando constantemente nuestros espacios de convivencia. El ejemplo más claro de este fenómeno fue la aprobación en Estados Unidos de la *Patriot Act* en 2001, después de los atentados a las Torres Gemelas en Nueva York. Dicha ley permitió que el Estado dictara medidas intrusivas en las vidas privadas, limitando derechos individuales a la libre circulación, imponiendo una agresiva videovigilancia y abriendo paso a acciones discriminatorias que atentan en contra de los derechos fundamentales de las personas.

Las autoridades tienen que recabar información personal de los particulares para cumplir parte de sus funciones públicas como ofrecer cédulas de identidad, licencias de manejo y credenciales para votar; dar servicios educativos y de salud, o recabar impuestos y, en la actualidad, las herramientas informáticas permiten hacerlo de manera masiva y más ágil. El problema está en garantizar que dicha información no se difunda, o se comparta con terceros, despojando a la persona de su derecho a la privacidad, o a la intimidad, cuando se trata de datos personales sensibles.

Cuando hablamos de privacidad nos referimos a una esfera de la vida que está fuera de la intromisión del Estado, es decir, que está protegida del escrutinio de los otros porque sólo atañe a la persona en lo individual. Por eso, la definición que propuso Thomas Cooley, a final del siglo XIX, condensa su significado: es "el derecho a que te dejen estar solo".[2] No obstante, en la actualidad el concepto de privacidad tiene diversas acepciones, pues se refiere a las libertades individuales, a la inviolabilidad del domicilio, al sigilo en la correspondencia y las comunicaciones, al control sobre los datos personales, al derecho a decidir sobre el propio cuerpo, o a no ser sujeto a vigilancia.

La privacidad está reconocida como un valor muy apreciado que reivindica el derecho de las personas a contar con espacios de determinación propios, autónomos, no expuestos a la intervención del poder público o de corporaciones religiosas, sindicales, partidarias, etcétera. Para que este derecho sea una realidad y no sólo una aspiración, es necesario que la privacidad esté regulada y garantizada por el Estado, es decir, que existan principios y procedimientos fijados en normas legales para darle vigencia a este bien social. Ya desde el inicio del siglo XX, Louis Brandeis, el connotado Ministro de la Suprema Corte de Justicia norteamericana, coautor del famoso libro *The Right to Privacy*,[3] sostenía que la privacidad es "el derecho más comprehensivo y más valorado por los hombres civilizados".[4]

---

[2] "A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs which arise Independent of Contract", Callaghan, Chicago, 1888. Citado por Murillo de la Cueva, Pablo Lucas y Piñar Mañas, José Luis, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 82.

[3] Publicado en *Harvard Law Review*, vol. IV, 15 de diciembre de 1890.

[4] De la sentencia "Olmstead *vs*. United States", 277 US, 1928. Citado por Solove, Daniel J., *Understanding Privacy*, Londres, Harvard University Press, 2008, p. 3.

La privacidad no es sólo un derecho intrínseco a la persona humana, sino que engloba a un elenco de derechos que tienen en el centro a la actividad individual, protegida de interferencias extrañas. Son derechos que van desde la libertad de conciencia que es la piedra angular del ámbito privado y de la dignidad de la persona, que incluye la libertad de religión, la libertad de expresión y de prensa, pasando por el derecho de libre tránsito, de reunión y de asociación, hasta el de propiedad y a la toma de decisiones sobre educación, salud, reproducción, familia, en suma, todo lo relativo al individuo propiamente dicho.

La privacidad tiene varias dimensiones: la física y la social, así como la psicológica y la informativa (los datos personales), por ello, para hablar de privacidad no es suficiente que el individuo tenga control sobre alguna de las cuatro dimensiones, sino sobre todas ellas. Por ello, la idea de control del individuo o de autodeterminación informativa es clave para conceptualizar la privacidad.

Al igual que cualquier derecho, la privacidad tiene límites dictados por los casos en los que se ponga en riesgo el interés público. Estos límites justifican que las leyes permitan la injerencia de las autoridades en la vida privada del individuo. Por ejemplo, se justifica la intervención de la autoridad en el ámbito privado cuando se requieren los datos sobre las comunicaciones de una persona para realizar una investigación judicial, o cuando los padres aprovechan la esfera protegida de la familia para violentar a los hijos, o cuando una persona ocupa un importante cargo público y se necesita identificar si sus decisiones conllevan un conflicto de interés.

La regulación jurídica de la privacidad es indispensable para asegurar su protección, porque como bien dice Fernando Escalante: "Lo privado no es un rasgo de la naturaleza de las cosas, sino una definición jurídica… una creación del Estado mediante la ley", es decir, la privacidad se configura por la vía de un acto de autoridad.[5]

Si convenimos que la privacidad es una criatura jurídica, hay que reconocer que es propia de cierto tipo de organización y relaciones políticas, es decir, su valor social y cultural está asociado a cierto tipo de Estado: liberal y democrático de derecho. Sería imposible aspirar a la protección de la privacidad en un régimen autoritario en el que no hay pluralidad ni respeto a la diversidad social, cultural y política, o donde no impera el Estado de derecho. Es por ello que para comprender el lugar que en una sociedad ocupa la privacidad es necesario ver cómo está regulada, si está prevista en la Constitución o sólo en una ley y si se cumple con los estándares internacionales que existen.

II. Los antecedentes: la privacidad en la regulación de los derechos individuales

El presupuesto histórico de la privacidad se remonta a la formación del Estado liberal moderno, que se sustenta en la separación entre lo público y lo privado como

[5] Escalante, Fernando, "El derecho a la privacidad", en *Cuadernos de Transparencia*, núm. 2, México, INAI, 2015, p. 14.

requisito esencial para hacer viables las libertades y los derechos de las personas. Se trata de un Estado contenido o acotado en su injerencia social para dar rienda suelta al ejercicio de los derechos individuales, empezando por el de libertad de pensamiento, o de conciencia, que coloca a la religión fuera de la esfera pública y, por tanto, deja a las iglesias sin competencia para regular la vida social o colectiva. Con el Estado liberal, la sociedad se seculariza y la religión deviene un asunto privado, de determinación exclusiva de la esfera íntima y voluntaria del individuo, en la que no hay injerencia del poder público.

Esta distinción jurídica entre lo público y lo privado asegura que el ámbito en el que se despliega el pensamiento, la familia, la religión, o la vida sexual, está preservado de la intervención de la autoridad, en primer lugar, pero también de cualquier persona ajena. La separación de lo público y lo privado reclama la existencia de un Estado secular, en el que el poder político es autónomo, es decir, independiente del religioso y donde las iglesias no tienen capacidad coactiva porque el Estado suprime cualquier otra jurisdicción que no sea la suya.

La teorización de la separación entre lo público y lo privado nos remonta a Benjamin Constant en su famoso texto sobre "De la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos".[6] La libertad de los modernos es el derecho a no ser sometido sino a las leyes; a no ser arrestado, detenido, muerto o maltratado por voluntad arbitraria de otros. Es el derecho a decir su opinión, a escoger un oficio, o a ejercer y hasta abusar de la propiedad, o a ir y venir sin rendir cuentas de los motivos de las rutas que se escogen. La libertad de los modernos incluye el derecho a influir en las actividades del gobierno, en el nombramiento de funcionarios o representantes.

En cambio, la libertad de los antiguos se ejercía colectivamente, con incidencia directa, pues los ciudadanos deliberaban en la plaza pública sobre la guerra, o la paz, se votaban las leyes, se pronunciaban sentencias y se aprobaban tratados con extranjeros. La libertad de los antiguos era colectiva, porque implicaba el sometimiento completo del individuo a la autoridad del conjunto, de ahí que una decisión sobre el culto se concebía como un crimen o un sacrilegio.

La distinción entre lo público y lo privado a fines del siglo XVIII fue regulada a través de Constituciones que devendrían el referente universal. Si por privacidad entendemos aquellas actividades despojadas de cualquier intromisión estatal, para que puedan realizarse o actualizarse es necesario que la autoridad del Estado reconozca la existencia de tal espacio privado diferenciado. Por ello, dice bien Fernando Escalante:

> Para el pensamiento liberal, lo privado se caracteriza por estar exento de obstáculos o impedimentos legales para que cada persona pueda decidir con independencia sobre su forma de vida y de conciencia, sin estar sujeto a la discrecionalidad del poder público o de poderes sociales como la Iglesia. Pero, la ausencia de impedimentos es posible a partir de que sean las propias leyes las que restrinjan la intervención del poder pú-

[6] En *bibliohistorico.jurídicas.unam.mx/libros pdf*.

blico en el mundo de lo privado y con ello hacer posible el ejercicio de los derechos y libertades individuales.[7]

Para que se garantice la protección del ámbito privado es necesario que se instituya un sistema de derechos individuales. El Estado liberal se expresa en el ideal de un gobierno de leyes; un ordenamiento con mecanismos positivos para fijar precisamente los límites a su intervención y para así promover que la esfera pública deje a la esfera privada desplegarse, seguir sus propios impulsos, acotando a los poderes y garantizando los derechos de las personas.

El liberalismo combate la concentración del poder en cualquiera de sus expresiones, de ahí que lo privado se caracterice por lo que sus teóricos denominaron la "libertad negativa", como relación inversamente proporcional entre ambos elementos del binomio. Mientras menos son los espacios de interferencia del Estado, mayor será el alcance de las libertades de los individuos. Es la libertad que adquiere el hombre al nacer y que le permite decidir cómo organizar su propio destino. La protección de la esfera de lo privado se equipara con los derechos individuales y se justifica como factor indispensable para la preservación de la vida y la dignidad humanas.

Las Constituciones liberales del siglo XVIII, que emanaron de las guerras de independencia norteamericana y de la revolución francesa, pusieron en el centro a los derechos individuales. Las declaraciones americana y de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en Francia de 1776 y 1789, respectivamente, dan positividad a los derechos y libertades individuales, basadas en la diferenciación entre las esferas privada y pública.

Ambas declaraciones señalan que los individuos nacen iguales y poseen derechos inalienables a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad y que los gobiernos se establecen precisamente para asegurar dichos derechos. Son derechos universales, intrínsecos al hombre y que, por lo tanto, preceden a la sociedad, por lo cual generan barreras a la actuación del poder que debe quedar imposibilitado para impedir su ejercicio. Estas declaraciones de derechos y libertades individuales sirvieron de plataforma para las posteriores Constituciones americana y francesa, que se propusieron la actualización positiva de tales derechos y libertades, de primera generación.

Vale la pena recordar que las Constituciones son "un conjunto de normas que reconoce y confiere derechos fundamentales e instituye poderes públicos, articulando sus competencias y regulando su ejercicio en función de la protección de los derechos".[8] De acuerdo con el artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Constitución es un documento normativo que instituye la estructura de una colectividad política conforme a dos requisitos: la garantía de los derechos y la separación de los poderes. Así, el Estado liberal restrin-

[7] *Ibidem*.

[8] Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 21.

ge su intervención en la sociedad para respetar los límites legales impuestos por los derechos y las libertades individuales.

Pedro Salazar señala que ya en la época contemporánea, el Estado constitucional reconoce y confiere derechos fundamentales y en razón de ello subdivide al poder político. La Constitución es, entonces, "un documento que contiene… una declaración de los derechos y una arquitectura de órganos y funciones del poder político inspirada en algún principio de división de los poderes". Los derechos fundamentales de los individuos son los principales límites al poder político, inviolables por él mismo y para que esto sea posible, el poder se divide a fin de que el poder frene al poder, para controlar su abuso o evitar que exceda los límites de sus atribuciones.[9]

1. *Los orígenes constitucionales de la privacidad en México*

La Constitución de 1857 es nuestro primer ordenamiento jurídico de carácter liberal que, además de establecer las características y el funcionamiento de los órganos del poder y el ejercicio del gobierno, dedica un apartado especial a los derechos o garantías de los ciudadanos, colocándolo en el Título Primero, "De los derechos del hombre" (29 artículos). Sin embargo, *El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana,* conocido como la Constitución de Apatzingán de 1814, contemplaba una referencia concreta a "los derechos anexos a la calidad de ciudadanos de esta América". Es más, establecía que el objeto de la existencia de los gobiernos era justamente la conservación de dichos derechos. Así, en su primer apartado señalaba:

> Artículo 24. La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas.

También establecía que la ley debe fijar los límites a los poderes y la responsabilidad de los funcionarios públicos y que los actos de cualquier autoridad en contra de los ciudadanos debían de estar establecidos en ley (artículo 27); que el domicilio de los ciudadanos era inviolable (artículo 32) y que el derecho a la propiedad estaba garantizado (artículo 34).

El artículo 40 se refería directamente a las libertades individuales, con la salvedad de que no había una definición laica de Estado, porque se reconocía a la religión católica como la única. En este sentido, la de Apatzingán no es una Constitución que cumpla el requisito esencial de un Estado que plenamente distinga las esferas pública y privada, aun cuando dedicara partes importantes a las libertades individuales.

> Artículo 40. …la libertad de hablar, de discurrir y de manifestar sus opiniones por medio de la imprenta no debe prohibirse a ningún ciudadano, a menos que en sus

[9] *Ibidem*, p. 24.

producciones ataque el dogma, turbe la tranquilidad pública u ofenda el honor de los ciudadanos.[10]

Nuestra primera Constitución como nación independiente en 1824, mantendría la sujeción del poder público a la religión católica. Los 171 artículos de este texto constitucional regulan la naturaleza de la nación mexicana y su forma de gobierno con los órganos encargados de ejercer los poderes, sus atribuciones y forma de integración, sin apartado específico para los derechos de las personas y los ciudadanos. La única parte que aborda indirectamente al ámbito de los ciudadanos es la que habla de las *Reglas generales a que se sujetará en todos los estados y territorios de la federación, la administración de la justicia* (sección séptima), es decir, que habla de los límites que tienen las autoridades en la administración de la justicia, prohibición de la pena de confiscación de bienes, o no retroactividad de las leyes (artículos 147, 148); prohibición de aplicar tormentos (artículo 149); de detener a una persona sin que haya una prueba clara o indicio (artículo 150); no librar orden de registro de las casas, sino en los casos expresamente dispuestos por ley (artículo 152).[11]

A pesar de que nuestras primeras Constituciones surgieron de la lucha de independencia, la fuerza de la religión católica hizo que fueran documentos normativos que no cumplieran con el principio esencial de autonomía de la política frente a la religión, o de un Estado laico. Fueron necesarias las guerras de Reforma para lograr la separación entre la Iglesia y el Estado y para alcanzar una reglamentación que estableciera la defensa, protección y garantía de las libertades individuales, en particular la de creencia.

La Constitución Federal del 5 de febrero de 1857 mantiene en su introducción la referencia a Dios, pero el decreto se distingue de sus precedentes por dedicar un apartado específico al reconocimiento de los derechos y las libertades del individuo. El Título primero, *De los derechos del hombre*, establece los derechos y libertades del hombre como la base y el objeto de las instituciones sociales (artículo 1o.). Por primera vez se dice que todos los que nacen en la República son libres y todos aquellos que pisen territorio nacional lo son y tienen derecho a la protección de las leyes (artículo 2o.); que la enseñanza es libre y que los hombres pueden decidir sobre su profesión y trabajo (artículos 3o. y 4o.), por el cual recibirán una justa retribución; reconoce la libertad de expresión, sólo restringida por ataques a la moral o a derechos de terceros (artículo 6o.); la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia (artículo 7o.); el derecho de petición para los ciudadanos; el de asociación, de reunión y de participación en los asuntos públicos (artículo 9o.), así como la libertad de movimiento (artículo 11). También está protegido el individuo en casos de detención, prisión, juicios e imposición de penas (artículos 17-24).[12]

---

[10] "Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana", 22 de octubre de 1814, en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808-1998*, México, Porrúa, 2008, pp. 3-58.

[11] "Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos", 4 de octubre de 1824, en Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, pp. 167-195.

[12] "Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos", 5 de febrero, 1857, en Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, pp. 606-629.

Además de las libertades individuales, hay un artículo relativo a la seguridad jurídica del individuo frente al Estado, el artículo 16, que se refiere a la protección de la esfera privada de las personas: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento…".

Dentro de esta dimensión de la vida privada, también está estipulado el derecho a la protección de la correspondencia como una garantía individual (artículo 25). Estos derechos guardan estrecha relación con el concepto de Estado de derecho en sentido formal. Al referirse a dichos derechos en México, Miguel Carbonell señala que estos apartados hablan de "mandatos de carácter formal con respecto a la actuación del Estado y de sus órganos, preservando la idea de la división de poderes… con objeto de preservar la libertad de las personas que habitan en dicho Estado".[13]

A pesar de que el texto de la Constitución de 1857 no incorporó expresamente la libertad de creencia y de religión, ni la separación entre el Estado y la Iglesia, hay un avance porque no quedó establecido que la religión católica fuera la única protegida por el Estado, prohibiendo cualquier otro culto. El texto recogió el principio de que sólo los poderes públicos están facultados para regular la materia de cultos: "Artículo 123. Corresponde exclusivamente a los poderes federales ejercer, en materias de culto religioso y disciplina externa, la intervención que designen las leyes".

De ahí en adelante, el soberano para legislar en materia religiosa ya no sería la Iglesia, sino el Estado, condición indispensable para hablar de un Estado secularizado, garante de la libertad de conciencia. Sólo después de las guerras de Reforma quedó incorporado en el texto constitucional la libertad de conciencia o de creencia y la tolerancia religiosa.

La Constitución de 1917 fue básicamente una reforma de la de 1857, de suerte que conservó el apartado sobre derechos y libertades individuales, *De las garantías individuales* en que se retoman las libertades de expresión, de pensamiento, de prensa, de asociación, de reunión, de tránsito, así como la privacidad de la correspondencia y las garantías judiciales. El Estado laico quedó establecido tanto en el artículo 24 que habla de la libertad de los mexicanos de profesar la creencia religiosa de su agrado, como en el 130, que asigna a los poderes federales la facultad de intervenir en las leyes, materia de culto religioso.

Al igual que en la Constitución de 1857, el artículo 16 es el que se refiere directamente a la protección de la esfera privada del individuo, sin embargo, el proyecto original de Carranza no contemplaba el primer párrafo que dice: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia…", debido a que el centro de la discusión estaba en las reglas para imponer detenciones y órdenes de aprehensión.[14] Empero, al final, el Constituyente retomó dicho párrafo, desarrollando más ampliamente lo relativo a las órdenes de aprehensión, o al cateo domiciliario que quedaron reservados a dictados de autoridad judicial (cuadro 1).

---

[13] Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-Porrúa, CNDH, 2012, p. 585.

[14] De hecho, el primer dictamen del artículo 16 no contuvo el primer párrafo, el cual volvió a discutirse en dos sesiones posteriores donde finalmente se adoptó el encabezado proveniente de la Constitución de 1857. *Diario de Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, t. II, pp. 358-359.

CUADRO 1
Reformas al artículo 16 constitucional

Diario Oficial de la Federación, 3 de febrero de 1983	"La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro y su violación será penada por la ley". "En tiempo de paz, ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular en contra de la voluntad del dueño…"
Diario Oficial de la Federación, 3 de septiembre de 1993	Reforma en materia de órdenes de aprehensión, detenciones, plazos de retención por parte del MP.
Diario Oficial de la Federación, 3 de julio de 1996	"Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacía de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del MP de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial no podrá otorgar esas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio".
Diario Oficial de la Federación, 8 de marzo de 1999	Reforma sobre las órdenes de aprehensión.
Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008	Reforma integral en el marco de la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública.
Diario Oficial de la Federación, 1o. de junio de 2009	Se adiciona un segundo párrafo: "Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de los datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros".

FUENTE: *www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm*.

Este artículo 16 fue posteriormente reformado entre 1983 y 2009 en dos grandes rubros: 1) la protección de la privacidad y 2) los derechos de las personas frente a actos de la autoridad en la persecución del delito (garantías procesales).

Las reformas constitucionales que imprimieron concreción jurídica al derecho de privacidad se centraron en el tema de la correspondencia y las comunicaciones privadas, subrayando su carácter inviolable y la competencia exclusiva de la auto-

ridad judicial para autorizar cualquier intervención a una comunicación privada, fijando términos y condiciones estrictas para realizarla. Finalmente, en 2009, se incorporaron los principios esenciales de la nueva acepción del derecho a la privacidad y a la intimidad: la protección de los datos personales que conlleva el principio de la "autodeterminación informativa", es decir, el control personal sobre la propia información (cuadro 1).

III. La privacidad como derecho fundamental

El concepto de privacidad se acuñó como algo diferenciado de las libertades y derechos individuales hacia finales del siglo XIX, tanto en términos filosóficos, como prácticos en sentencias de tribunales de Estados Unidos y Europa. La noción de privacidad como una zona protegida por la confidencialidad o el sigilo incorporó el principio de autodeterminación, es decir, "la posibilidad del individuo de controlar el nivel de interacción con los otros". Como dice Alan Westin, poner el acento en el control implica que la persona puede decidir qué desea comunicar, cuándo y a quién. La privacidad es, pues, "el derecho a controlar la información propia" y, por tanto, a disponer libremente de ella.[15] A pesar de que no todos los países han elevado a rango constitucional a la privacidad, sí está reconocida en sentencias de los tribunales de diversos países. Su regulación arrancó después de la Segunda Guerra Mundial, en el contexto del auge que cobró la defensa de los derechos humanos, después del exterminio masivo del régimen nazi.

Esto llevó a que la privacidad, diferenciada del ejercicio de los derechos y las libertades individuales, se estableciera en los diferentes ordenamientos internacionales, empezando por el más comprehensivo de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU* de 1948, que en su artículo 12 señala: "Nadie será sujeto a injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques a su honra, o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra injerencias o ataques".[16]

La particularidad de esta disposición es que vincula la protección de la vida privada y la familia con la de la honra y la reputación, lo que requiere poner barreras legales a la intromisión arbitraria. En consonancia con la Declaración Universal, se firmaron convenios regionales como el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* de 1950 que contempla el derecho a la privacidad en su artículo 8o. que se refiere al respeto a la vida privada y familiar y a la no intervención de la autoridad pública en dicho espacio, salvo que el interés público lo disponga y esté previsto en ley:

> Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejer-

[15] Westin, Alan F., *Privacy and Freedom*, Nueva York, Atheneum, 1967, citado por Piñar Mañas, José Luis, "¿Existe la privacidad?", en *El derecho a la autodeterminación informativa*, *op. cit.*, p. 17.

[16] *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de la ONU, diciembre de 1948.

> cicio de este derecho, sino en tanto y cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud, o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.[17]

Unos años más tarde, la *Convención Americana de Derechos Humanos* de 1969 dispuso en su artículo 11 la protección a la honra y la dignidad: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".[18]

Vale la pena señalar que aunque la Organización de la Unidad Africana también aprobó una *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*, en 1986, el énfasis se puso en lograr el respeto a la vida y la integridad de la persona, prohibiendo toda forma de explotación o degradación del individuo. En su artículo 5o., la Carta Africana señala: "Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su estatus legal. Todas las formas de explotación, de degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos".[19]

En el curso de las dos décadas posteriores a la Declaración Universal, la privacidad fue ganando carta de naturalización como derecho fundamental, es decir, como uno que no requiere de condiciones previas para estar garantizado o, como dice Luigi Ferrajoli, como "un derecho que corresponde universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas con capacidad de obrar…"[20]

Al mismo tiempo que durante los años sesenta y setenta del siglo XX se fue regulando el derecho a la privacidad, la irrupción de las tecnologías de la información y su potencial para afectar el derecho de las personas a no sufrir invasiones en su vida privada, comenzó a discutirse la relación entre derechos humanos y los avances científicos en informática. Esto derivó en la identificación de un área particular de la vida privada, especialmente vulnerable en un mundo globalizado, que es la de la información sobre la persona que abarca desde datos de identificación (sexo, edad, domicilio) hasta datos sensibles (preferencias sexuales, raza, religión, datos biométricos). La difusión de dichos datos puede exponer a las personas a actos delictivos,

---

[17] *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Roma, Consejo de Europa, noviembre de 1950.

[18] *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Pacto de San José, noviembre de 1969.

[19] *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*, Nairobi, Kenia, octubre de 1986.

[20] Ferrajoli, Luis, "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 19.

discriminatorios, o francamente abusivos, de ahí la necesidad de una regulación especial sobre protección de datos personales.[21]

IV. Un nuevo derecho: la protección de datos personales

La Ley de Protección de Datos del estado de Hesse en Alemania de 1970, fue la primera regulación de la historia sobre esa dimensión específica de la privacidad que son los datos personales. En 1973, Suecia promulgó su propia ley y el año siguiente el Congreso norteamericano promulgó la *Privacy Act* que sentó las bases de los principios esenciales de ese derecho. Poco después hicieron lo propio Alemania y Francia en 1977 y 1978 respectivamente.[22] Estas legislaciones son los precedentes más sólidos de lo que devendría el núcleo del derecho, a saber: que debe reconocerse el derecho de las personas a acceder y corregir sus datos y que deben regir los principios de *finalidad*, *calidad* y *seguridad*, es decir, que esté claro para qué se recolectan los datos, que sean correctos y que estén bien resguardados para evitar riesgos para las personas.[23]

Estos principios señalan cuáles son los requisitos que debe cumplir una autoridad respecto de los datos personales que hay en sus archivos. La normatividad incluye dos dimensiones: 1) los principios que rigen el tratamiento de los datos personales para preservar su carácter confidencial y 2) los derechos de las personas que son sus titulares que popularmente son llamados derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición).

A finales de los años setenta, la aparición de las primeras bases de datos personales utilizadas por grandes empresas y la posibilidad de que fueran transmitidas a terceras personas, a través de fronteras nacionales y hasta continentales, catapultó la regulación de la protección de los datos en organismos internacionales. La información de las personas ya no sólo era poder, sino un gran negocio y ello puso en alarma a organismos internacionales, preocupados por garantizar el tratamiento adecuado de los datos personales para proteger la privacidad de los individuos, a la vez que para no entorpecer el desarrollo de los intercambios comerciales.

En 1980, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) estableció las *Directrices Relativas a la Protección de la Intimidad y la Circulación Transfronteriza de Datos Personales*, para ayudar a armonizar las legislaciones nacionales y defender el

[21] En el seno del Consejo de Europa, se constituyó una Comisión Consultiva que emitió la Resolución 509 sobre "Los derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos". Véase, Piñar Mañas, José Luis, "¿Existe la privacidad?", en *El derecho a la autodeterminación informativa*, *op. cit.*, p. 26.

[22] Tal parece que el temor a que recolectar, almacenar y utilizar de manera descontrolada la información personal se convirtiera en actos de autoridad altamente intrusivos llevó a los países a regular la protección de los datos personales. Wacks, Raymond, *Privacy. A Very Short Introduction*, UK, Oxford University Press, 2010, p. 111.

[23] *Idem*.

derecho, sin impedir la circulación internacional y transfronteriza de los datos para no "…ocasionar graves trastornos en importantes sectores de la economía, tales como la banca o los seguros".[24]

Muy poco después, en 1981, el Consejo de Europa adoptó el *Convenio 108 para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal* que fijó los principios básicos para los datos, objeto de tratamiento automatizado. De nueva cuenta, los principios clave eran *calidad* y *seguridad*, además de las excepciones y restricciones al tratamiento de los datos, así como las sanciones por indebido tratamiento de los mismos y disposiciones para los flujos transfronterizos de datos.

En el mismo sentido, en 1990, la Asamblea General de la ONU dictó *Directrices para la Regulación de los Archivos de Datos Personales Informatizados*, estableciendo las garantías mínimas para su protección. Los principios abarcaron: 1) *legalidad* y *lealtad* para recabar información y para tratarla; 2) *exactitud* para que los datos estén completos y actualizados; 3) *finalidad* para que al recoger la información y tratar los datos esté claro qué propósitos se persiguen; 4) *acceso* de la persona que es titular de los datos, si prueba su identidad; *corrección* de errores en las bases; 5) *no discriminación*, para que no se recaben datos que puedan exponer a las personas por razones raciales, étnicas, o por preferencia sexual, opiniones políticas, o religiosas; 6) *seguridad* para proteger los archivos ante riesgos de pérdida, destrucción, o uso fraudulento.[25]

El documento que reguló de manera más comprehensiva este derecho de tercera generación hacia fines del siglo XX fue la *Directiva 94/46/CE* del Parlamento Europeo de 1995, relativa a la *Protección de las Personas físicas en lo que Respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de esos Datos*.[26] Este documento contiene nueve secciones sobre los principios de 1) *calidad* de los datos; 2) su *tratamiento legítimo*; 3) las categorías especiales del tratamiento; 4) la *información* que debe darse al interesado; 5) los derechos de *acceso* y de *corrección*; 6) *excepciones* y *limitaciones* al tratamiento de los datos; 7) el derecho de *oposición* del interesado; 8) *confidencialidad* y *seguridad* de los datos; 9) *obligación de notificar* a la autoridad sobre la existencia de bases de datos en una empresa, así como capítulos sobre transferencias de datos entre países y la existencia de *una autoridad de control* para vigilar la aplicación de las normas.

Con un mayor énfasis en los flujos de información para los negocios, en 1999, los países miembros del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC) aprobaron el *Marco de Privacidad de APEC.* Su objetivo era reconocer la importancia de desarrollar protecciones apropiadas para la información personal, para facilitar el libre flujo de información. Los principios del *Marco* son semejantes a los del modelo europeo, pero con un énfasis mayor en la necesidad de prevenir el daño a la privaci-

[24] "Prólogo a las Directrices Relativas a la Protección de la Intimidad y de la Circulación Transfronteriza de Datos Personales", OCDE, 23 de septiembre de 1980, en *Protección de Datos Personales. Compendio de lecturas y legislación*, *op. cit.*, pp. 235-250.

[25] Directrices para la regulación de los archivos de datos personales informatizados, ONU, 1990, en *Protección de Datos Personales. Compendio de lecturas y legislación*, *op. cit.*, pp. 267-270.

[26] Directiva 94/46/CE, en *Protección de Datos Personales. Compendio de lecturas y legislación*, *op. cit.*, pp. 271-302.

dad en el flujo de los datos personales para garantizar la eficacia y legitimidad de las transferencias de información. Así, el primer principio es el de *prevención del daño*, mediante el aviso a la persona a la que se recaban datos; *límites* a la recolección y a los usos de la información personal; elección de la modalidad de recolección; *integridad* de la información (comparable al principio de *calidad*); *seguridad* de la información y el derecho de los titulares de la misma a *acceder* y *corregir* los datos personales.[27]

Durante los últimos veinte años del siglo XX, los marcos internacionales contribuyeron a que los países fueran legislando o mejorando sus normas para abonar a la garantía de este nuevo derecho. En 2010, los importantes avances en el desarrollo informático en el mundo obligaron a los distintos organismos internacionales a someter a revisión sus ordenamientos en materia de protección de datos personales, tomando como referencia sentencias que al respecto fueron dictando los tribunales.[28]

La protección de datos personales en la Constitución mexicana

A pesar de que México es miembro de OCDE y de APEC desde los años noventa,[29] en nuestro país la protección de datos personales no fue un tema central de agenda pública ni durante los veinte años de transición a la democracia, ni en los primeros de su implantación. A diferencia de otros países que tuvieron también periodos largos de autoritarismo, en el nuestro, el consenso pasivo con el que contó el régimen autoritario hizo que no hubiera un control férreo del Estado sobre la vida privada, de suerte que al transitar a la democracia, la demanda de la sociedad se volcó más a acceder a la información del Estado, que a proteger la privacidad de las personas.

Después de la alternancia en el Ejecutivo federal en 2000, surgió la demanda social de legislar sobre el acceso a la información y la transparencia de las decisiones y acciones de las autoridades, que habían estado ocultas durante la larga época del autoritarismo. Fue así como en 2002 se promulgó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFT) para fijar las reglas para que las personas tuvieran acceso a la información gubernamental bajo el principio de "máxima publicidad".

En virtud de que los gobiernos recaban información personal de los particulares, la LFT estableció que dicha información en manos de las dependencias gubernamentales era una excepción a la transparencia, al ser de carácter confidencial, sólo los titulares de la misma debían tener acceso de rectificar errores en las bases de

---

[27] Los referentes del *Marco de Privacidad de APEC* tienen como antecedentes las propias leyes de privacidad establecidas en los países miembros, en *Protección de Datos Personales. Compendio de lecturas y legislación*, *op. cit.*, pp. 303-318.

[28] Véase, por ejemplo, Estándares Internacionales sobre protección de datos personales y privacidad, *Resolución de Madrid*, 2009.

[29] México ingresó como el país 25 a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en mayo de 1994 y en el mismo año ingresó al Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), *www.oecd.org/centromexico* y *www.apec.org*.

datos. La LFT identificó en qué casos excepcionales podían publicitarse datos personales y siempre que el interés público de conocerlos fuera superior al de protegerlos de la divulgación. Mientras el criterio rector de la información gubernamental era la "máxima publicidad", el de la información personal era de "máxima reserva".

Dado que la LFT tenía por objeto la apertura informativa, sólo uno de sus once capítulos, el Capítulo IV, con siete artículos, abordaba el tema de la protección de los datos personales para establecer: *a)* las responsabilidades de los sujetos obligados de transparencia para atender solicitudes de acceso, o de corrección de dichos datos; *b)* la obligación de los servidores públicos de no difundir, ni comercializar los datos personales; *c)* los casos en los que no era necesario el consentimiento del titular para usar la información (por razones científicas o estadísticas y con datos anonimizados); *d)* la obligación de informar al IFAI sobre las bases de datos en poder de las dependencias gubernamentales; *e)* las modalidades para la entrega, o corrección de datos personales a sus titulares y *f)* los recursos para impugnar la falta de respuesta respecto del acceso a datos personales.[30]

En 2007, por primera vez se incorporó al texto constitucional la referencia al derecho a la protección de datos personales, pero como parte del derecho de acceso a la información pública. El artículo 6o. constitucional elevó al acceso a la información al más alto rango normativo, quedando incorporado un párrafo sobre la confidencialidad de los datos personales en posesión de las entidades públicas. El párrafo II señaló: "La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes".[31]

Por supuesto que la regulación internacional que existía desde hacía más de veinticinco años fue un precedente importante para impulsar la constitucionalización de este derecho de tercera generación.

El hecho de que exista un sistema federal en México, explica por qué la regulación de la protección de los datos personales en las entidades federativas tuvo un desarrollo diferenciado, pues mientras que en el ámbito federal, se reducía a un pequeño apartado de la ley de transparencia, en algunos estados se llegó a promulgar una ley específica de protección de datos en el sector público. En efecto, en Campeche, Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Estado de México, Oaxaca y Tlaxcala, se emitieron leyes de protección de datos personales en el sector público, permitiendo que se contemplaran los cuatro derechos ARCO y no sólo los básicos de acceso y rectificación, a la vez que se desarrollaran más ampliamente los principios y los procedimientos para garantizar en positivo la protección de los datos personales.[32]

---

[30] Capítulo IV: Protección de datos personales, Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en *Marco Normativo en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales*, México, IFAI, 2014, pp. 29-32.

[31] El Dictamen de la reforma constitucional en la Cámara de Diputados señaló: "…una segunda limitación al derecho de acceso a la información, misma que se refiere a la protección de la vida privada y de los datos personales… no puede estar sujeta al principio de publicidad, pues pondría en grave riesgo otro derecho fundamental que es el de intimidad y la vida privada…", citado por Ornelas, Lina y López Ayllón, Sergio, "La recepción del derecho a la protección de datos en México: breve descripción de su origen y estatus legislativo", en *Protección de datos personales*, *op. cit.*, p. 61.

[32] Véase, *Análisis del régimen de transparencia y acceso a la información en los estados y la federación*, Cap. 8, México, IFAI, julio de 2013, pp. 191-214.

A diferencia de lo que sucede en el caso de entes públicos-gubernamentales donde se recaban datos personales por disposición de ley y para que la autoridad pueda cumplir con cierta función que tiene asignada, en el de los privados —personas físicas o morales que al ofrecer un servicio recaban y almacenan datos personales— el *consentimiento* implícito o explícito del particular al proporcionar sus datos personales es una condición insoslayable y base para definir la legalidad y legitimidad de su tratamiento. Así, los principios de protección de los datos personales son los mismos en una entidad pública y en una empresa privada, pero los mecanismos para garantizar la privacidad requieren de mayor precisión para evitar que el tratamiento de los datos rebase los límites autorizados o consentidos por la persona a la hora de hacer una transacción que conlleve otorgar datos personales.

En este contexto, desde 2000 se empezó a debatir la necesidad de legislar en materia de protección de datos personales para abarcar al sector privado, sin embargo, no había sustento constitucional para que el legislador federal lo hiciera. Fue así como en 2009 se aprobó la reforma al artículo 16 constitucional, adicionándole dos párrafos para establecer que la protección de datos personales es un derecho fundamental autónomo, con lo cual se elevaron a dicho rango los cuatro derechos ARCO de acceso, rectificación, cancelación y oposición a su tratamiento (cuadro 1).

A la par, se adicionó una fracción XXIX-O al artículo 73 constitucional para facultar al Congreso federal para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares, con objeto de que la regulación de este derecho fundamental pudiera garantizar la libre circulación de datos personales entre Estados, sin invadir la esfera de privacidad de las personas, tal como se había establecido en las normas de organismos internacionales como la OCDE de la que México forma parte.

El propósito de que la ley secundaria de datos personales en posesión de particulares fuera federal obedeció a que el comercio internacional tiene ese carácter y, por ello, requiere de reglas y principios homogéneos. De tal suerte, en julio de 2010, se promulgó la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares (LFPDPPP) que regiría a todo el territorio nacional y que adoptó las mejores reglas de la normativa internacional. El objetivo era garantizar que en un mundo globalizado, donde ocurre una gran circulación de bienes y de datos personales, las personas tengan asegurado que sus datos personales estén resguardados de interferencias nocivas.

La (LFPDPPP) rige sobre toda persona física o moral que recabe o trate datos personales con excepción de las sociedades de información crediticia y el almacenamiento de datos para uso estrictamente personal o doméstico. Cumple con los principios internacionales de: licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad y se entiende que en el tratamiento de datos personales existe siempre una expectativa razonable de privacidad. De ahí que todo tratamiento estará sujeto al consentimiento expreso o tácito del dueño de los datos personales y estará limitado al cumplimiento de las finalidades establecidas en el aviso de privacidad.[33] La LFPDPPP fija los procedimientos para ejercer los dere-

[33] El aviso de privacidad es una nota que todas las empresas privadas que recaben datos personales en los sectores financieros, de salud, comercio, educación, etc. deben tener a la mano para avisar

chos ARCO previstos en la Constitución y la existencia de una autoridad reguladora que es la Secretaría de Economía y una autoridad con autonomía que promueve y vigila la observancia de la ley (el IFAI, hoy INAI).

La promulgación de la LFPDPPP significó un avance normativo importante respecto de lo existente en el ámbito del sector público (artículo 6o. constitucional y LFT), sin embargo, se asignó una misma autoridad garante —el IFAI— para la promoción, la aplicación y vigilancia de las dos diferentes normativas.

Si bien, después de 2010 en que se promulgó la LFPDPPP, no se han registrado modificaciones constitucionales en esta materia, sí las hubo en el caso de la transparencia y el acceso a la información, lo cual tuvo un impacto indirecto sobre la regulación de protección de datos personales.

En febrero de 2014 se reformó la Constitución para homologar los principios y procedimientos para el acceso a la información en todos los sujetos obligados de los tres órdenes de gobierno y para fortalecer las facultades de los órganos garantes de dicho derecho, convirtiéndolos en organismos constitucionales autónomos. Sin embargo, la reforma constitucional dejó pendiente determinar quién sería la autoridad garante en materia de datos personales, pues el artículo 7o. transitorio señala: "…en tanto se determine la instancia responsable de atender los temas en materia de protección de datos personales en posesión de particulares, el organismo garante que establece el artículo 6o. de esta Constitución ejercerá las atribuciones correspondientes".

A finales de 2016 todavía no estaba resuelto este dilema, ni existía una legislación secundaria en protección de datos personales que tuviera los mismos niveles de precisión para los sectores público y privado y el INAI continúa encargándose de promover y vigilar el ejercicio de ese derecho fundamental.

V. Breves comentarios finales

Nuestra herencia liberal plasmada en la Constitución de 1857 dejó una marca indeleble en la Constitución de 1917, en lo relativo a la defensa de la privacidad.

A pesar de que desde hace 150 años están previstas en la Constitución nuestras libertades individuales, no fue sino hasta muy recientemente que quedó garantizado expresamente nuestro derecho a la privacidad y a la intimidad, entendido como la no intromisión de la autoridad en nuestra vida privada, en buena medida como resultado de la relevancia mundial que han ganado los derechos humanos y de la adhesión de México a pactos y convenciones internacionales en la materia.

Como parte de la creciente preocupación por evitar intrusiones nocivas en la vida privada de las personas, en el contexto de los grandes avances informáticos de las últimas décadas, se desarrolló un nuevo derecho a la protección a los datos per-

a los particulares para qué se solicitan datos personales, quién es responsable de su tratamiento y el compromiso de que sólo se utilizarán para los fines reconocidos por el particular. Artículos 15, 16 y 17, LFPDPPP, INAI, 2015.

sonales. Desde inicios de los años ochenta, diferentes organismos internacionales establecieron normativas de protección de los datos personales, pero no fue sino hasta ya iniciado el siglo XXI que en México empezó a discutirse el tema, primero en el marco de la regulación del derecho de acceso a la información pública gubernamental, como una excepción al principio de máxima publicidad respecto de las bases de datos personales en el sector público. Sólo posteriormente, el tema alcanzó importancia propia para desarrollarse como un derecho con principios y procedimientos específicos, lo cual dio lugar a una reforma constitucional para elevar al máximo rango normativo la protección de los datos personales.

La constitucionalización del derecho a la protección de datos personales llegó tarde a nuestro país, sobre todo si se compara con las legislaciones existentes en países que como el nuestro son miembros de la OCDE. En 2010, México era uno de los únicos dos países de esa comunidad de 25 miembros, que aún no contaba con una normatividad en la materia. Sin embargo, ello mismo le permitió recoger los mejores principios de los grandes modelos de protección de datos existentes.

La más reciente reforma constitucional en materia de transparencia y acceso a la información que fortaleció las facultades del INAI abordó tangencialmente la regulación de la protección de datos personales, porque dejó pendiente determinar si dicho organismo garante de transparencia seguirá siendo la autoridad que promueve y vigila el ejercicio del derecho a la protección de datos personales, tal como lo ha sido hasta el momento. En caso de que el legislador opte por instaurar un organismo garante diferente para la protección de datos personales en los sectores público y privado, nuestra Constitución habrá de ser reformada una vez más.

EL CAMBIO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMACIÓN POLÍTICA

Pedro SALAZAR UGARTE

I

Durante los primeros años del siglo XXI la imagen de México en el mundo ha estado asociada con escándalos de corrupción y con la ola de violencia que ha desatado la "guerra" contra el crimen organizado que lleva ya una década y que ha dado lugar a eventos emblemáticos por ominosos como la matanza de 72 migrantes en San Fernando, Tamaulipas o la desaparición de los estudiantes de Ayotzinapa. Ambos rezagos son ciertos, son preocupantes y siguen vigentes. Negar que forman parte del presente mexicano sería absurdo y minimizar su importancia sería irresponsable.

Los eventos de horror y de abuso, desafortunadamente, forman parte de nuestra vida y no son exclusivos de México. En realidad se trata de fenómenos ampliamente difundidos en el mundo actual. De hecho, lo excepcional es encontrar países en los que durante periodos estables de tiempo no estallen escándalos de corrupción ni sucedan actos violentos de orígenes diversos (terrorismo, crimen común u organizado, abusos de autoridad, etcétera).

El caso Gürtel en España, la crisis política de Brasil en 2016, los abusos a los migrantes en Hungría o en Italia, las denuncias de corrupción política en Argentina, la amenaza y los eventos terroristas en Francia, el caos centroamericano, etcétera, son todas verdades de nuestro tiempo histórico. Y son verdades globales. Los académicos tenemos la obligación de estudiar las causas de estos acontecimientos y, en nuestra faceta de intelectuales públicos, debemos tomar postura y asumir una posición crítica frente a los mismos.

En el caso de México, por ejemplo, debemos advertir que los dos fenómenos mencionados (violencia y corrupción), además de estar relacionados, se agravan con la desigualdad social y son los principales lastres para el desarrollo del país. Pero también debemos de hacer balances objetivos de los avances logrados a lo largo de

los años y valorar la situación presente del país teniendo como parámetro comparativo el pasado mediato.

México no sólo tiene riquezas y capacidades notables sino que, a pesar de los lastres mencionados, ha logrado un alto y promisorio nivel de modernización —social, política, institucional, económica, etc.— en pocos años.

II

Comparemos algunos aspectos del México de hace cien años con el México actual. Tomo como referente el año en el que se aprobó la Constitución de 1917. Esa Constitución —aunque ha sufrido más de 600 reformas (o tal vez precisamente por eso)— sigue vigente casi 100 años después. Se trata de un lapso de tiempo que, si pensamos en periodos históricos, es relativamente breve. Y, sin embargo, en esos años, el país ha cambiado y se ha desarrollado mucho.

En 1917 la población del país era de alrededor de 14 millones de personas y había disminuido en un millón de habitantes como consecuencia del conflicto revolucionario (la población en 1910 era de 15.2 millones). La infraestructura, incluso en la ciudad capital, era precaria y la inestabilidad política era absoluta. En ese entonces no existían aeropuertos en el país —el primer aeropuerto internacional se inauguró en 1943—, la red carretera era prácticamente inexistente, el sistema bancario se había derrumbado con la Revolución[1] y la Universidad Nacional era un centro educativo que tenía apenas siete años de existencia.

Una centuria después, el país tiene casi 120 millones de habitantes —tan sólo la ciudad capital cuenta con casi 9 millones—, de los cuáles el 80% vive en centros urbanos. Si pensamos en la infraestructura tenemos 62 aeropuertos oficiales, 370 mil kilómetros de vialidades interurbanas que conectan prácticamente todas las poblaciones del país y 26 727 kilómetros de vías férreas. En términos económicos el país lleva dos décadas de estabilidad macroeconómica y es la decimotercera economía más grande del mundo. Se trata de la primera economía hispana (más grande que la española) y, después de Brasil, la segunda economía de Latinoamérica. La Universidad Nacional Autónoma de México tiene una población estudiantil anual de 350 000 jóvenes[2] y cuenta con un sostenido reconocimiento internacional.

Con estos datos pretendo mostrar que: *a)* México es un país que se constitucionalizó, estabilizó y desarrolló en la última centuria; y, *b)* ese desarrollo implicó crecimiento, pero también aumentó la complejidad del país.

---

[1] Womack, "La economía en la Revolución (1910-1920)", en *http://www.nexos.com.mx/?p=3241*.

[2] La UNAM cuenta con una planta académica de casi 40 000 académicos (12 000 de los cuales son de tiempo completo) y, según la revista *Forbes*, en 2016 es la 128º universidad más importante del mundo.

III

En el plano político, a lo largo de este periodo, el país se institucionalizó y, en los últimos cuarenta años, se democratizó.

México cuenta con un sistema político presidencial que consolidó sobre la base de un Sistema de Partido Hegemónico (1929-1997) que se transformó en un Sistema Pluripartidista Competitivo (1997-2016). Actualmente el país tiene un sistema democrático a nivel nacional. En el plano federal, por ejemplo, desde hace dos décadas, es una realidad lo que la ciencia política denomina un "gobierno dividido" y en un lapso de doce años el país vivió dos alternancias partidistas en la Presidencia de la República. Esto se debe a que cada tres años se celebran elecciones intermedias y cada seis generales, todas ellas democráticas. Es decir, elecciones con resultados inciertos.

Además, el país tiene un esquema de organización federal compuesto por 32 entidades que renuevan a sus autoridades también a través de elecciones que son supervisadas a nivel nacional. Esto da cuenta de una institucionalidad democrática —partidos, competencia real, elecciones libres— que era inexistente hace tres décadas.

Si pensamos en la rama judicial tenemos que el país cuenta con un Tribunal Constitucional nacional —Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)— y con un complejo sistema de justicia federal y local. En particular, desde hace poco más de veinte años, la SCJN y el poder judicial federal bajo su mando, actúa con autonomía de gestión y de decisión. Esto ha sido posible gracias a una serie de reformas que han modificado su misión, estructura y composición. Pero también se debe a otras reformas más próximas en el tiempo (2011), que han modificado los recursos para la protección de los derechos de las personas —reglas y procedimientos del *habeas corpus* (amparo)— y los principios de garantía para los mismos.

A este entramado institucional debemos agregar la existencia de órganos de garantía con autonomía constitucional en las siguientes materias: *a)* derechos humanos (*ombudsman*), *b)* banca central, *c)* estadística, *d)* organización electoral, *e)* telecomunicaciones, *f)* competencia económica, *g)* medición de la pobreza, *h)* procuración de justicia, *i)* evaluación del sistema educativo, y *j)* transparencia y protección de datos.

Las autoridades responsables de estas materias cuentan con presupuesto, infraestructura y facultades propias y no dependen de las agendas políticas del gobierno en turno ni de la de los partidos políticos. Son verdaderos órganos reguladores con capacidad técnica especializada.

Así las cosas, aunque el principio de la separación de los poderes —legislativo, ejecutivo y judicial— estaba contemplado en la Constitución desde 1917, en realidad surtió efectos años después. Esto fue posible gracias a la transición democrática (1977-1997) y a la creación de los órganos autónomos de garantía. La democratización generó los gobiernos sin mayoría legislativa que activaron los *check and balances* y, como ya se dijo, desde 1994 se transformó a la SCJN en un verdadero Tribunal Constitucional.

Ese mismo año se decretó la autonomía del banco central y, a partir de entonces, se activó también la de la autoridad electoral (1996) y la del *ombudsman* (1999). Una década después tocó el turno de la autoridad que genera la estadística oficial (2008) y en los primeros años del gobierno del presidente Peña Nieto (2012-2016) se dotó de autonomía constitucional a las otras seis autoridades mencionadas.

Con esto quiero subrayar tres cosas: *a)* que el Estado mexicano ha cambiado profundamente en las últimas décadas; *b)* que esos cambios, primero, tuvieron un sentido democratizador, y *c)* posteriormente, se han orientado al fortalecimiento del Estado de derecho.

IV

Los cambios institucionales generan desajustes y se requiere de algún tiempo para que ofrezcan resultados. En México eso puede constatarse cuando observamos el desempeño y evolución de las instituciones creadas para hacer posible a la democracia. La autoridad electoral federal se creó en 1990, obtuvo plena autonomía en 1996 y organizó las elecciones en las que la oposición ganó la mayoría legislativa y el gobierno de la Ciudad de México en 1997. Después, en 2000, finalmente se verificó la primera alternancia en la Presidencia de la República.

Ergo, tuvieron que pasar veinte años para que las elecciones competidas, los gobiernos divididos (nacional y subnacionales) y las alternancias partidistas en todos los cargos de representación y gobierno fueran una realidad.

Ese cambio electoral impactó en las dinámicas políticas de todo el país. En particular generó una nueva relación entre los poderes ejecutivos y legislativos. En el plano nacional se alteraron prácticas y desaparecieron rituales que habían sido característicos del hiperpresidencialismo mexicano durante los tiempos del partido hegemónico. Poco a poco, a partir de 1997, el poder legislativo ganó distancia frente al Presidente de la República y fue imponiéndole límites simbólicos e institucionales a sus poderes. Por ejemplo, desapareció la Ceremonia del Informe Anual de Gobierno que se llegó a conocer cómo el "día del Presidente" y en la que los legisladores aplaudían obsequiosos los discursos presidenciales. En paralelo aumentaron las comparecencias de los titulares de las secretarías de Estado ante los órganos legislativos.

Además, poco a poco, el Presidente dejó de ser la principal fuente de iniciativas de reformas —constitucionales y legales— y se activó una verdadera dinámica legislativa. Como ha sostenido —y demostrado con datos— María Amparo Casar:

> Desde la aparición de los gobiernos sin mayoría, encontramos regularidades en el trabajo del Congreso, en el comportamiento de los legisladores y en la conducta de las fracciones parlamentarias: crecimiento constante del número de iniciativas presentadas, disminución del número de iniciativas cuyo origen es el Ejecutivo, oposición a buena parte de los proyectos centrales del gobierno en turno, coaliciones *ad hoc* deter-

> minadas fundamentalmente por el tema en cuestión, predominancia de la coalición de "todos los partidos..."
>
> También encontramos "conductas" que no se habían presentado con anterioridad: confrontación pública entre los poderes, observaciones (vetos) por parte del Ejecutivo, multiplicación de "exhortos" como forma de presión política, negación de permisos para que el presidente se ausente del país, no ratificación de nombramientos del presidente y controversias constitucionales presentadas ante la Corte.
>
> Por primera vez en su historia, México dejó de ser un caso de excepción para pasar a ser un país más de la muestra de los sistemas presidenciales en la literatura sobre política comparada.[3]

Si pensamos en los cambios en las dinámicas de la justicia constitucional tenemos evidencias de transformaciones similares. A partir de 1994 las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad —que no existían con anterioridad—, resueltas por la Suprema Corte de Justicia, se fueron convirtiendo en los instrumentos jurídicos para dirimir los conflictos entre los poderes y para canalizar las inconformidades con actos legislativos controvertidos (ver Anexo con gráficas y datos de la SCJN).

Con ello se abandonó la ruta política que tradicionalmente había servido para procesar esta clase de diferendos por una vía jurídica, constitucional e institucionalizada en sede jurisdiccional. De nueva cuenta, tenemos muestras de que las reformas estructurales tardan en surtir efectos pero, una vez que lo hacen, transforman prácticas y dinámicas institucionales relevantes.

Estas referencias a los procesos políticos y judiciales permiten mostrar que: *a)* la creación y el ajuste en las dinámicas con las que operan las instituciones tiene efectos prácticos; *b)* esos efectos pueden ser profundos; *c)* en México se han creado y ajustado instituciones que han generado procesos democratizadores y fortalecido al Estado de derecho.

V

Como se dijo al inicio de este trabajo, la violencia, la corrupción y la desigualdad social son los principales problemas del México actual. No será fácil superarlos. Pero el país tiene muchas fortalezas y ha venido creando instituciones para enfrentarlos. Ese proceso de creación institucional no ha sido el producto de acuerdos exclusivamente entre la élite política. A continuación reconstruyo el proceso mediante el cual se aprobaron las reformas que dan cuerpo al Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) aprobado en 2015-2016.

Los escándalos de corrupción en México —como en muchos países— han sido una constante histórica, pero pocas veces han generado tanta indignación como la

[3] Casar, María Amparo, "Governments without Majority in Mexico: 1997-2006", *Política y Gobierno*, vol. 15, núm. 2, México, enero, 2008.

causada por la llamada "Casa Blanca" del presidente Peña Nieto y de su esposa. Desde que las noticias sobre su existencia y la manera en la que fue adquirida se hicieron públicas, la popularidad del presidente se ha desplomado —hasta ahora— de manera irremediable. La gente se cansó y se cansó en serio. Pero ese hartazgo se canalizó de manera constructiva y, gracias al mismo, hoy se cuenta con un marco normativo ambicioso para combatir la corrupción.

El primer paso para diseñarlo fue la reforma constitucional que promulgó el Presidente en mayo de 2015 y que fue el resultado de un proceso de diálogo con la academia y la sociedad civil organizada especializada en la materia. Esa reforma sentó las bases pero era claramente insuficiente. De imponerse el inmovilismo no sería la primera vez que, ante una crisis política, el gobierno impulsara una reforma a la Constitución que calmara los ánimos durante un tiempo, pero no generara mayores cambios en las instituciones y en las prácticas políticas. Gatopardismo jurídico, lo hemos llamado algunos: cambiar las normas constitucionales sin alterar la realidad.

Pero la sociedad no permitió que esto sucediera. Durante seis meses, 26 especialistas —abogados, economistas, politólogos, sociólogos—, miembros de la academia y de organizaciones ciudadanas,[4] trabajaron a puerta cerrada para redactar, primero, un proyecto de Ley en materia de Responsabilidad de los servidores Públicos y, posteriormente, modificaciones a seis ordenamientos más. El resultado se conoció públicamente como la "iniciativa 3 de 3" (porque contemplaba la obligación de hacer públicas las declaraciones patrimonial, fiscal y de intereses de los funcionarios) pero era mucho más que eso. Se trataba del diseño de un complejo sistema nacional para inhibir y perseguir los actos de corrupción.

El colectivo promotor decidió aprovechar que la legislación mexicana contemplaba una figura conocida como "iniciativa ciudadana" y que permite a los ciudadanos presentar propuestas de ley. La figura era nueva en el sistema constitucional mexicano y nunca había sido utilizada. De hecho, para activarla fue necesario salir a las calles y convocar a la ciudadanía a que se adhiriera al proyecto. El requisito legal exigía contar con el apoyo de 120 000 ciudadanos. Al final, después de un trabajo coordinado en todo el país, se logró sumar la firma de 634 000 personas. Con ese respaldo ciudadano, el texto de las iniciativas fue presentado ante el Senado de la República.

A partir de entonces inició un proceso ríspido y tenso de diálogo —en un contexto de "parlamento abierto"— entre los ciudadanos promotores de la propuesta y los legisladores de todas las fuerzas políticas representadas en el órgano legislativo. La experiencia fue interesante y, al final, después de un periplo accidentado, el resultado fue alentador. Como era de suponer, a los legisladores no les agradó que los ciudadanos les impusieran los términos de una discusión legislativa y, en paralelo, a los promotores les resultó difícil entender las dinámicas y lógicas del trabajo legislativo. Por momentos, parecía que las cosas no avanzarían. Por eso, el 15 de mayo de 2016, las organizaciones y personas promotoras de las iniciativas dirigieron un comunicado a los senadores, en el que les advertían lo siguiente: "La frustración y el

[4] Los académicos y especialistas pertenecían a Transparencia Mexicana, Imco, de Causa en Común, UNAM, ITAM, Tecnológico de Monterrey, Barra Mexicana de Abogados, Academia Mexicana de Protección de Datos Personales, CEEY y CIDE.

enojo social en torno al problema de la corrupción es enorme. Pedimos a los senadores que no retrasen estas deliberaciones al poner por delante consideraciones de tipo político electoral. No hay motivo alguno para posponer su discusión y eventual aprobación hasta el mes de junio".[5]

Detrás de ese comunicado estaba la preocupación ciudadana de que el gobierno y la mayoría legislativa habían decidido postergar la discusión del SNA y esperar a que pasaran las elecciones de junio de 2016 mediante las cuales se renovarían los gobiernos de 12 estados de la República. De hecho eso fue lo que sucedió. Pero las elecciones del 5 de junio de 2016 arrojaron el peor resultado en la historia del Partido Revolucionario Institucional y de sus aliados en una elección para renovar gubernaturas.

El partido del Presidente perdió siete de los 12 estados en disputa y, entre éstos, se contaron cuatro (Durango, Quintana Roo, Veracruz y Tamaulipas) que gobernaba de manera ininterrumpida desde hacía 86 años. Una prueba más de que las instituciones electorales se han consolidado en el país y de que las elecciones son el medio idóneo y reconocido para canalizar el descontento ciudadano. La lectura generalizada fue que los escándalos de corrupción —presentes e impunes también en el ámbito local— habían inclinado el fiel de la balanza. Con el impulso de ese mensaje, la iniciativa "3 de 3", retomó bríos.

A los pocos días de las elecciones, el 14 de junio de 2016, el Senado de la República, dictaminó las iniciativas ciudadanas en materia anticorrupción. Poco después, no sin algunos sobresaltos, la Cámara de Diputados culminó el proceso de aprobación legislativa. Los logros fueron sintetizados por la Red para la Rendición de Cuentas, con las siguientes palabras:

> ...i) el fortalecimiento de pesos y contrapesos a través de la coordinación entre instituciones que se ocupan de los ejes rectores de la rendición de cuentas y que actuarán conjuntamente para prevenir, investigar, corregir y sancionar los actos de corrupción; ii) la participación de ciudadanos independientes de los partidos políticos, seleccionados por un método 'blindado' de cuotas y cuates, que presidirán el sistema y participarán formalmente en su funcionamiento con atribuciones específicas; iii) la creación de mecanismos de monitoreo e investigación capaces de generar 'inteligencia institucional' para corregir la discrecionalidad en la gestión de los asuntos públicos y detectar las causas que generan los actos de corrupción; iv) la creación de un secretariado técnico robusto, capaz de producir y gestionar información necesaria para evaluar el impacto de la política nacional anticorrupción y emitir recomendaciones de mejora; y v) la existencia de mecanismos jurídicos que permitirán desmantelar redes de corrupción y procesar tanto por la vía administrativa como por la vía penal las conductas y delitos en la materia que suelen quedar impunes en este país.

En efecto, con la aprobación de las leyes redactadas por el colectivo y ajustadas por los legisladores, México ahora cuenta con las normas idóneas para prevenir, identificar y sancionar actos de corrupción. El SNA consta de siete instituciones

[5] *http://rendiciondecuentas.org.mx/piden-oscs-a-senado-no-retrasar-deliberaciones-del-sistema-nacional-anticorrupcion/.*

—Comité de Selección, Comité de Participación Ciudadana, Comité Coordinador, Secretario Técnico, Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Fiscalía Especializada, Secretaría de la Función Pública y Auditoría Superior de la Federación— que tienen facultades precisas y funciones coordinadas y comenzarán a funcionar en los primeros meses de 2017.

Esta experiencia permite mostrar que: *a)* la sociedad mexicana es capaz de organizarse e incidir; *b)* los actores políticos, a pesar de sus estrategias e intereses, responden a la presión ciudadana; *c)* el cambio institucional sigue siendo útil para enfrentar los principales problemas que aquejan al país.

VI

El 18 de junio de 2016 se promulgaron las reformas en Palacio Nacional. Eduardo Bohorquez, director de Transparencia Mexicana, a nombre de los ciudadanos impulsores de las reformas advirtió lo siguiente:

> Decidimos ejercer nuestro derecho a presentar una iniciativa ciudadana, porque queremos transformar, a través de las instituciones, el régimen en el que vivimos y restaurar algo de la confianza que las y los mexicanos deberíamos tener en nuestras autoridades.
>
> Corrupción e impunidad dañan la vida democrática, el desarrollo social, la reputación internacional de nuestro país y la garantía de los derechos humanos de las personas.
>
> …
>
> Las siete leyes que se promulgan el día de hoy, inauguran una etapa de profundas transformaciones para la vida pública del país.
>
> …
>
> Este es un acto de Estado. Lo es porque están presentes los Poderes de la Unión, pero también porque, sin perder nuestra independencia política, estamos presentes los ciudadanos.
>
> 634 mil personas confiaron en que podemos cambiar al país desde las instituciones. Hicieron de lado la rabia, el dolor, la frustración. Invirtieron su tiempo en recolectar firmas y en invitar a otros a creer en que es posible cambiar las cosas.
>
> Estamos aquí, porque nos negamos a que corrupción e impunidad sean vistas como atributo de nuestra comunidad; estamos aquí porque no queremos que la corrupción sea vista como parte de nuestra cultura o nuestros valores; estamos aquí para que estos lastres ya no dicten nuestro estilo de vida.
>
> Esta no es una tarea exclusiva del gobierno, y por eso estamos aquí, como parte de una sociedad civil plural capaz de organizarse y de contribuir a esta tarea.
>
> …

> Abramos las puertas de nuestras instituciones a esa ciudadanía innovadora, capaz de cuestionar y de construir con su gobierno.

Minutos después, flanqueado con su equipo de gobierno en pleno y con los representantes de la academia y de la sociedad civil a sus espaldas, el Presidente de México, Enrique Peña Nieto, promulgó las reformas para crear el SNA y pidió perdón a los mexicanos:

> Estoy convencido de que tiene solución. Si queremos recuperar la confianza ciudadana todos tenemos que ser autocríticos y tenemos que vernos en el espejo, empezando por el propio Presidente de la República.
>
> …
>
> Y en esto, reconozco que cometí un error, no obstante que me conduje conforme a la ley este error afectó a mi familia, lastimó la investidura presidencial y dañó la confianza en el gobierno. En carne propia sentí la irritación de los mexicanos, la entiendo perfectamente, por eso con toda humildad les pido perdón. Les reitero mi sincera y profunda disculpa por el agravio e indignación que les causé.
>
> …
>
> El Sistema Anticorrupción es fruto de la activa participación de la sociedad civil organizada, académicos y expertos, en favor de la honestidad, la integridad y la rendición de cuentas.

Al final del evento los ciudadanos promotores de la reforma hicieron público su compromiso con la implementación del SNA. Es decir, advirtieron que darían seguimiento a los nombramientos de los operadores del sistema y que seguirían promoviendo iniciativas en la materia. Ese día nació el *hasthag*: #VamosPorMás.

De ese evento oficial podemos deducir al menos lo siguiente: *a)* la aprobación de las leyes fue importante pero no garantiza el buen funcionamiento del SNA; *b)* la sociedad debe estar atenta a lo que sigue, porque; *c)* ésta, como todas las transformaciones, tardará en dar resultados.

VII

Muchas de las reformas que han tenido lugar en las décadas recientes fueron impulsadas o acompañadas por la sociedad mexicana. Tal es el caso, de manera relevante, de la creación de las instituciones electorales, la autonomía del *ombudsman* y la creación de las leyes e instituciones en materia de transparencia.

Pero nunca se había presentado —porque no era posible hacerlo— una iniciativa ciudadana. Esta posibilidad se abrió constitucionalmente en 2012, se reglamentó en 2013 y fue aprovechada por los ciudadanos en 2016. Este solo hecho muestra la

vitalidad de la democracia mexicana y el compromiso de una franja amplia de la ciudadanía con la consolidación de un Estado de derecho en el país.

Ese México que apuesta por el cambio pacífico y participativo también existe y en el largo plazo ha demostrado ser más poderoso y productivo que el México violento e ilegal.

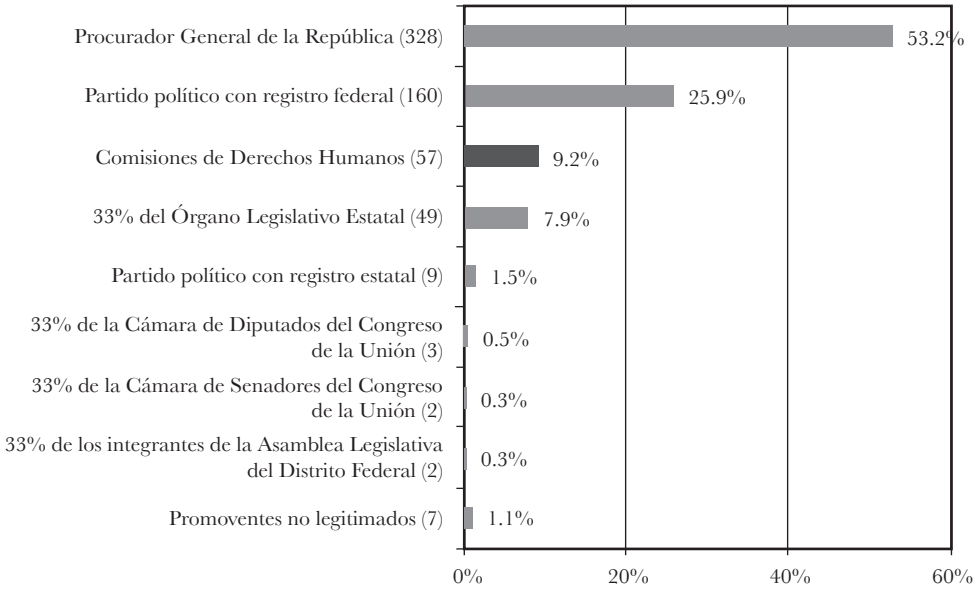
Se trata de un México real, edificado sobre el esfuerzo individual y colectivo de personas que han sabido poner el interés general por encima de sus intereses particulares y han apostado por la legalidad por encima del arbitrio.

No todos los países pueden presumir eso.

Apunte final: el 15 de octubre de 2016, el Senado de la República (con 91 votos a favor y dos abstenciones) designó a los nueve ciudadanos que integran al Comité de Selección del SNA. Seis de ellos —dentro de los cuales se encuentra el autor de este artículo— participaron activamente en la redacción de la iniciativa "3 de 3".

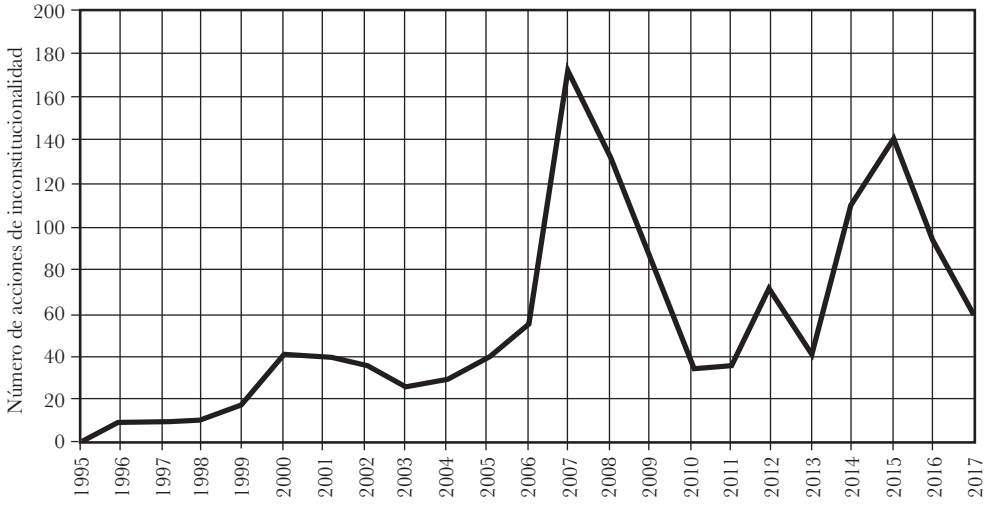
Anexo único

Gráficas elaboradas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tomadas, sin modificaciones, de su sitio de Internet.

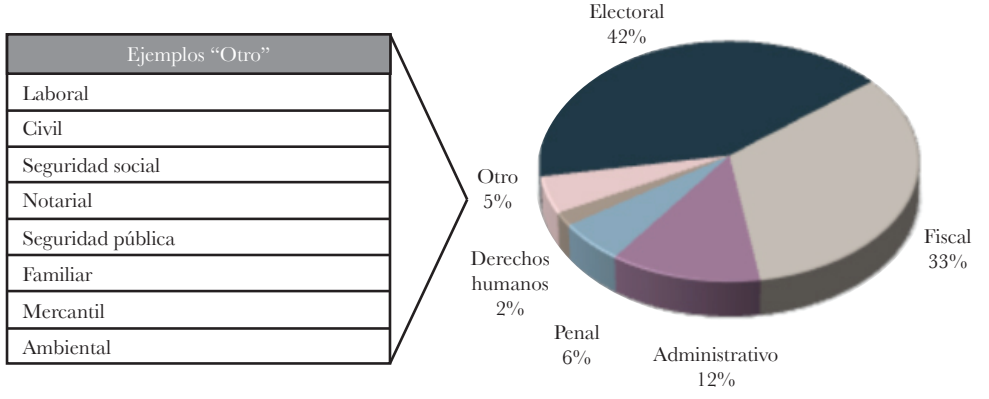


Nota: esta gráfica considera únicamente acciones de inconstitucionalidad que ingresaron a partir del 15 de septiembre de 2006. Entre paréntesis se especifica el número de asuntos promovidos por cada tipo de lector.

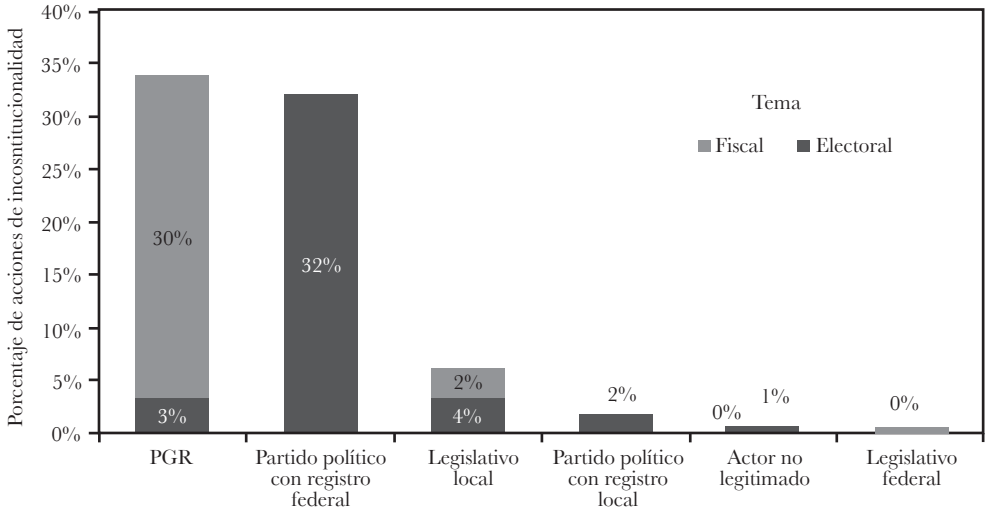
Fuente: elaborado por la Unidad de Relaciones Institucionales de la SCJN con datos propios y del sistema de control y seguimiento de expediente.



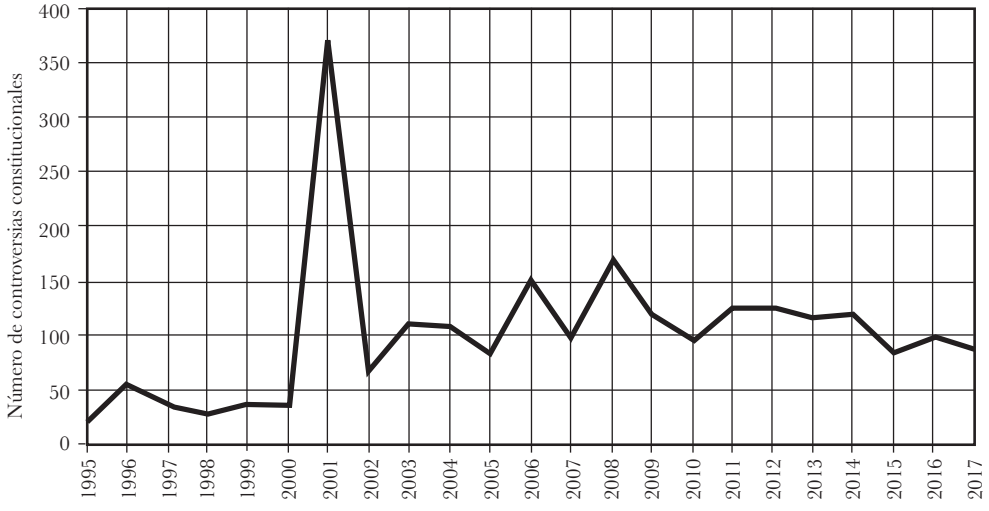
FUENTE: elaborado por la Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial de la SCJN con información del Sistema de Control y Seguimiento de Expedientes (intranet).



NOTA: La definición del tema se construyó a partir del nombre de la norma impugnada. En los casos en que el nombre no especifique el tema, se analizaron las partes impugnadas de la norma. La información de la gráfica puede variar con las actualizaciones que se realicen.
FUENTE: elaborado por la Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial de la SCJN con datos propios.

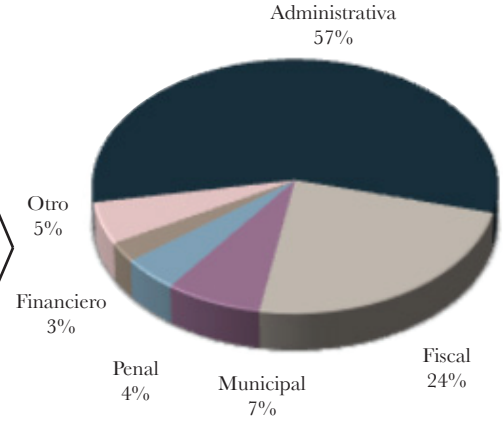


NOTA: La definición del tema se construyó a partir del nombre de la norma impugnada. En los casos en que el nombre no especifique el tema, se analizaron las partes impugnadas de la norma. La información de la gráfica puede variar con las actualizaciones que se realicen.
FUENTE: elaborado por la Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial de la SCJN con datos propios.



FUENTE: elaborado por la Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial de la SCJN con información del Sistema de Control y Seguimiento de Expedientes (intranet).

Ejemplos "Otro"
Ambiental
Civil
Electoral
Laboral
Seguridad social
Derechos humanos
Mercantil
Agrario
Bancaria



NOTA: La definición del tema se construyó a partir del nombre de la norma impugnada. En los casos en que el nombre no especifique el tema, se analizaron las partes impugnadas de la norma. La información de la gráfica puede variar con las actualizaciones que se realicen.
FUENTE: elaborado por la Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial de la SCJN con datos propios.

LA JURISDICCIÓN LABORAL: DE JUNTAS TRIPARTITAS A TRIBUNALES DE TRABAJO

Alfredo Sánchez-Castañeda

Sumario: I. *Introducción*. II. *La organización de la justicia laboral en México*. III. *¿Juntas o tribunales de trabajo?* IV. *El diseño de un nuevo modelo de justicia laboral: tribunales con conciliación*. V. *Una necesaria lectura integral de la justicia laboral: retos y oportunidades*. VI. *Consideraciones generales*.

I. Introducción

La justicia laboral mexicana está a punto de dar un giro de 360 grados, gracias a la iniciativa de reforma constitucional presentada por el Poder Ejecutivo el 28 de abril de 2016. Para entender dicha reforma es necesario conocer previamente la organización de la justicia laboral en nuestro país, así como conocer posteriormente la discusión que se ha dado sobre la conservación de la misma en su estado actual o de su necesario tránsito hacia al Poder Judicial, para estar en condiciones de explicar el nuevo modelo propuesto que, si bien transita al Poder Judicial, le da una vital importancia a la conciliación. Sin embargo, no dejamos de observar los retos y oportunidades que enfrenta, para estar en condiciones de hacer una apreciación general.

II. La organización de la justicia laboral en México

Si bien la facultad para legislar en materia de trabajo es una competencia federal, su aplicación se distribuye entre las autoridades federales y las estatales. Las primeras —dentro de ellas, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje— sólo conocen de asuntos laborales concernientes a las ramas industriales y empresas previstas en la

fracción XXXI del citado apartado A, a las cuales alude el artículo 527 de la LFT. De los demás asuntos laborales conocen las autoridades estatales, es decir, las juntas locales de conciliación y arbitraje.

1. *La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje*

La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje es un tribunal con plena jurisdicción, que tiene a su cargo la tramitación y decisión de los conflictos de trabajo que se suscitan entre trabajadores y patrones, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, derivados de las relaciones de trabajo o de hechos íntimamente ligados con ellas. Su naturaleza e integración tripartita se ubica en la fracción XX del apartado A del artículo 123 constitucional, y su competencia está determinada por la fracción XXXI del mismo ordenamiento, así como por las disposiciones correlativas de su ley reglamentaria, la Ley Federal del Trabajo (LFT). Su organización y funcionamiento se rigen por su propio Reglamento Interior, expedido por el Pleno del Tribunal y publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18 de febrero de 1980, con reformas y adiciones en 1981, 1982 y 1984.

La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje cuenta con un presidente, designado por el presidente de la República, y con representantes gubernamentales, tanto de los trabajadores como de los patrones, designados por las ramas de la industria o de otras actividades, de conformidad con la clasificación y convocatoria que expide la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. La Junta funciona en Pleno, integrado por su presidente y la totalidad de los representantes de los trabajadores y de los patrones; y en Juntas Especiales, que se integran con el presidente de la Junta, cuando se trate de conflictos colectivos, o el representante gubernamental, presidente de la Junta Especial, y con los representantes de los trabajadores y de los patrones (artículos 605, 606, 607, 609 y 612 de la LFT).

De acuerdo con las disposiciones legales, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje orienta sus actividades a lograr que la justicia que imparte a los trabajadores y patrones se realice de manera pronta y expedita, empleando prioritariamente, para ello, la conciliación como mecanismo para armonizar a los factores de la producción y, en su caso, el arbitraje, con el cumplimiento de las formalidades y procedimientos establecidos en la ley. Su jurisdicción es de excepción, en virtud de que sólo puede atender los conflictos de competencia federal expresamente consignados en la ley derivados de la relación laboral, de los contratos colectivos de trabajo, de los contratos-ley y de los conflictos intersindicales.

2. *Las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje*

Las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje funcionan en cada una de las entidades federativas. Les corresponde el conocimiento y resolución de los conflictos que no sean de la competencia de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. Las juntas locales tienen la misma integración tripartita que la Federal, con la variante

de que el Ejecutivo local puede establecer una o más juntas en la entidad de que se trate (artículos 621-623 de la LFT).

III. ¿Juntas o tribunales de trabajo?

En el contexto mexicano, la labor jurisdiccional ha transitado de una función[1] a un poder jurisdiccional.[2] Una actividad considerada puramente técnica, se ha transformado poco a poco en un verdadero poder.[3] En la actualidad ya no se "discute que el organismo judicial, o al menos los tribunales de mayor jerarquía puedan intervenir, en ocasiones de manera decisiva, en la toma de decisiones de carácter fundamental en el Estado contemporáneo, e inclusive se ha llegado a sostener con fundamento que, ante el debilitamiento progresivo de las asambleas legislativas frente al ejecutivo predominante de nuestra época, la limitación de ese predominio descansa actualmente en los tribunales".[4] Esta situación se reafirma con la reforma constitucional al artículo 1o. y con criterios emitidos por el Poder Judicial, en el sentido de que el control de constitucionalidad ya no es un monopolio de los tribunales federales, al establecerse en el párrafo tercero del artículo en comento que todas las autorida-

[1] La noción de administración de justicia, entendida como función, ha estado influenciada por la doctrina liberal de la Revolución Francesa. Dicha doctrina consideraba secundaria la función jurisdiccional. El poder supremo, lo constituía el Poder Legislativo. Sólo la Asamblea soberana estaba facultada para decir e interpretar el derecho. A los órganos jurisdiccionales se les veían como simples entes administrativos, encargados de aplicar el derecho. Respecto a los antagonismos de la función que le otorga la tradición del *Common Law* y del derecho romano al juez, se recomienda ver la obra de Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, pp. 63-72.

[2] "Tradicionalmente y en especial a partir de la Revolución Francesa, los jueces, como simples aplicadores mecánicos de las disposiciones legislativas, no estaban facultados para ello, y aun se les prohibía de manera expresa, desaplicar las propias disposiciones que se consideraban contrarias a los preceptos de carácter constitucional, con lo cual se desvirtuó el principio de la supremacía de la Constitución Política como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico. Por el contrario, en la Carta Federal de los Estados Unidos de 1787, y con precedentes en la legislación de las colonias inglesas en América, se impuso el principio contrario, desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, es decir, que los jueces de todas las categorías poseen no sólo la atribución sino también la obligación de desaplicar en los procesos concretos de los cuales conocen, las disposiciones legales que consideran contrarias a la Constitución federal (García de Enterría, 1981). De esta manera se han desarrollado dos sistemas diversos, el continental europeo, en el cual, debido a la influencia predominante de Juan Jacobo Rousseau, quien postuló la supremacía del órgano legislativo como representante de la voluntad general (1961, pp. 177-178, Libro II, Capítulo VI), y de Carlos Luis de Secondat, Barón de Montesquieu (quien consideró al juez como un aplicador mecánico de la ley) (1951 p. 209, Libro XI, Capítulo VI) se impuso el criterio de que los jueces y tribunales ordinarios no pueden conocer ni decidir cuestiones de inconstitucionalidad (Fix-Zamudio, 1965, pp. 51-60)". *Ibidem*, p. 135.

[3] Fix-Zamudio, Héctor, "La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional", *Dereito. Revista Xurídica da Universita de Santiago de Compostela*, vol. 5, núm. 1, 1996, p. 130.

[4] *Cfr*. García Pelayo, Manuel, "El Estado Social y sus implicaciones", en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977, pp. 51-66. Citado por Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*

des, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En lo que respecta a la justicia laboral en México, ésta ha sido objeto de múltiples estudios y enfoques, destacando su particularidad de justicia especial, o bien, criticando justamente dicha característica.[5] En noviembre de 2012 se presentó la última reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT) donde, en materia de justicia laboral, se dieron pasos importantes: se crea un servicio profesional de carrera; se aumentan y precisan los requisitos para el personal jurídico de las Juntas (tener título de licenciado en derecho, tener experiencia en la materia, buena reputación, etc.); se crea el servicio público de conciliación y la figura de funcionarios conciliadores; los asesores de las partes deben acreditar ser licenciados en derecho; se admiten como pruebas relacionadas con las tecnologías de la información (fax, correo electrónico, firma electrónica, etc.); se establece que en los juicios ordinarios, la primera audiencia tendrá dos etapas, una de conciliación y otra de demanda y excepciones; se crea un nuevo procedimiento especial y expedito para reclamo de derechos al IMSS, Infonavit y Afores; se establece que los procuradores del trabajo deben ser licenciados en derecho con cédula para ejercer y se les faculta para citar a las partes para procurar arreglos conciliatorios.

Lo cierto es, sin embargo, que no se abordó el tema principal que tiene que ver con la impartición de justicia (independencia de las juntas de conciliación y

[5] Acosta Romero, Miguel, "Reflexiones sobre la posible integración de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje al Poder Judicial Federal", *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, t. III, 1988, pp. 1575-1604; Barquet Rodríguez, Alfredo F., "La administración de la justicia laboral en la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje", *Revista de Administración Pública*, núm. 95, agosto, México, 1997; Bassols, Narciso, "¿Qué son, por fin, las Juntas de Conciliación y Arbitraje?", *Revista Artículo 123 Constitucional*, año 1, núm. 1, enero-junio, México, 1990; Bonifaz Thomas, Esperanza, "A la cabeza de la portada: Nueva Cultura Laboral. Compendio histórico de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje", *Visión histórica y prospectiva de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje*, México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, 2005, pp. 9-107; Castrejón González, José Luis, "La administración de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal", *Revista de Administración Pública*, núm. 95, agosto, México, 1997; Fix-Zamudio, Héctor, "La naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje", *Revista Artículo 123 Constitucional*, año 1, núm. 1, enero-junio, México, 1990; Hernández Hernández, Iván A., "La necesaria profesionalización de las Juntas de Conciliación y Arbitraje", *Laboral*, año VI, núm. 72, septiembre, México, 1998; Hernández Martínez, Julio César, "Incorporación de las juntas de conciliación y arbitraje al Poder Judicial del estado de Guerrero", *Concordancias*, año 5, núm. 7, enero-abril, Chilpancingo, Gro., México, 2000; Leal-Isla Garza, Carlos G., "¿Es necesario sustituir a las juntas de conciliación y arbitraje por juzgados de lo social?", *ELIAIA. Revista de investigación científica del derecho*, año 2, núm. 3, junio, San Nicolás de los Garza, N.L., México, 2002; Ramírez Reynoso, Braulio, "La integración de la nueva Junta Federal Especial de Conciliación y Arbitraje", *Legislación y Jurisprudencia*, año 10, vol. 10, núm. 32, enero-abril, México, 1981; Reyna, Manuel, "La federalización de las juntas de conciliación y arbitraje", *Revista A. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, vol. III, núm. 5, enero-abril, México, 1982; Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008; Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Visión histórica y prospectiva de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje*, Edición conmemorativa, México, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, 2005; Trueba Urbina, Alberto, "Naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje", *Revista Artículo 123 Constitucional*, año 1, núm. 1, enero-junio, México, 1990.

arbitraje),[6] ni con la administración de justicia laboral (mejoramiento de la infraestructura, mayores recursos económicos, más personal y mejor remunerado).[7]

Al respecto debe señalarse que de 1995 a 2015 se incorporaron a la población económicamente activa más de 18 millones de mexicanos, mismo lapso en que los conflictos individuales aumentaron 132%, al pasar de 125 510 en diciembre de 1994 a 291 548 en diciembre de 2015.[8] Además del aumento de trabajo, en las juntas de conciliación y arbitraje se ha reducido también el número de trabajadores, debido a los recortes presupuestales, situación que agrava más el funcionamiento de la justicia laboral, ya que se presenta una dualidad negativa: más trabajo y menos personal.

Por otro lado, mientras que en México las bases de la administración y la impartición de la justicia laboral no han cambiado, en otros países de América Latina (Brasil, Venezuela, Ecuador, Chile, Guatemala y Nicaragua) han realizado cambios importantes. Destacando el caso brasileño, que eliminó la representación sectorial en la justicia del trabajo, estableció procedimientos sumarísimos para cuestiones de bajo monto y para la ejecución de sentencias, limitó la intervención de los tribunales en la solución de los conflictos colectivos de intereses y extendió la competencia de la justicia laboral a los vínculos de trabajo no dependiente.

En Argentina, por su parte, se estableció un régimen de conciliación obligatoria en los reclamos individuales como condición para el acceso a la justicia. Resalta también la oralidad de los juicios laborales en Venezuela y Chile. En este último país, el juicio monitorio comparte características con Brasil, ya que se trata de un procedimiento de baja cuantía; se emplaza al demandado para que pague el monto establecido y en caso de que el demandado acepte pagar, se emite sentencia y se le da fin al proceso.[9]

En el caso de México, la discusión sobre la justicia laboral ha llevado a debates sobre dos posibles modelos, ya sea su tránsito hacia el Poder Judicial o la conservación del *statu quo*, es decir, que las juntas de conciliación y arbitraje sigan siendo órganos tripartitas dependientes del Poder Ejecutivo.

---

[6] Algunas reflexiones críticas pueden encontrarse en: Sánchez-Castañeda, Alfredo y Reynoso Castillo, Carlos, *La nueva legislación laboral mexicana*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013.

[7] Para una distinción entre procuración, impartición y administración de justicia laboral, véase Sánchez-Castañeda, Alfredo, "Una visión sistemática de la procuración de justicia laboral", en Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.), *Las relaciones laborales en el siglo XXI*, México, UNAM, 2000.

[8] La información proviene de la Iniciativa de reforma constitucional en materia de justicia laboral presentada el 28 de abril de 2016.

[9] Navarro Albiña, René David, *El juicio monitorio en el derecho procesal laboral chileno, dogmática y praxis*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2011, p. 187; Pérez Ragone, Álvaro, "En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales", *Revista de Derecho*, vol. XIX, núm. 1, julio, Valdivia, Chile, 2006; Ortiz Pradillo, Juan Carlos, "La propuesta de procedimiento monitorio en Chile", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. XXI, núm. 1, San Sebastián, España, 2009; Walter Díaz, Rodolfo, "Monitorio laboral como procedimiento de limitada cuantía: un nuevo actor protagónico del procedimiento laboral chileno", *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 58, Valparaíso, Chile, 2011; Martínez, Óscar José, "El procedimiento monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica", *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993, pp. 527-539.

En relación con la necesidad de que la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje transite a la esfera del Poder Judicial de la Federación, se ha señalado que las juntas actualmente tienen una composición corporativa y que se han convertido en un medio de control del gobierno, principalmente en asuntos de naturaleza colectiva.[10] De hecho, la integración tripartita de la justicia laboral ha sido largamente cuestionada por la doctrina, por múltiples razones, según ha reseñado Jorge Carpizo, luego de analizar a varios doctrinarios (Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Héctor Fix-Zamudio, J. Ramiro Podetti, Pablo Castellano y Víctor Mozart Russomano):[11]

a) Los representantes obrero-patronales son un juzgador-parte y en ese sentido de juez-defensor, por lo que sus votos en los tribunales paritarios se compensan y anulan, siendo el juez imparcial quien resuelve la controversia.
b) Los votos de los representantes obrero-patronales suelen otorgarse a favor del sector que representan.
c) Los representantes de clase no son imparciales.
d) Su actuar no se basa en la justicia sino en el antagonismo de clase.
e) La integración tripartita demora el procedimiento, haciendo que los trámites se dilaten o se suele boicotear el procedimiento.

Respecto a conservar con su actual composición y funcionamiento las juntas de conciliación y arbitraje, destacan las siguientes opiniones (Mario de la Cueva y Rafael de Pina), también compiladas por Jorge Carpizo:[12]

a) La presencia de los representantes de los obreros y de los patrones, crea confianza en esas clases sociales hacia las juntas y quiebra el escepticismo que los obreros han tenido en relación con la justicia común.
b) Los representantes son escogidos entre los propios obreros y patrones por lo que poseen conocimientos y experiencia en esta clase de problemas y pueden encontrar mejores soluciones.
c) El hecho de ser representantes de las partes y tener conocimientos jurídicos así como de la realidad de las empresas y de las necesidades de la clase obrera, hace que los representantes interpreten el derecho con un contenido y una finalidad más humanos, logrando una democratización de la justicia obrera.

Aunque, impugnando las anteriores ideas, Jorge Carpizo señala:

> La integración tripartita de las juntas es acertada porque no siempre los votos de los representantes de las partes se anulan; en la realidad mexicana acontece que a veces

[10] Bensusán, Graciela, Alcalde, Arturo, *El sistema de justicia laboral en México: situación actual y perspectivas*, México, Fundación Friedrich Ebert, 2013.

[11] Carpizo, Jorge, "La naturaleza jurídica de las Juntas de Conciliación y Arbitraje en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 15, México, 1972, p. 67.

[12] *Ibidem*, p. 68.

> los votos de los representantes de los patronos y de los obreros coinciden en contra del voto del representante del gobierno, o uno de los representantes se abstiene de votar por percatarse que la razón no le asiste a su parte afín; la presencia de los representantes crea confianza en esas clases sociales; los conflictos del trabajo requieren del conocimiento y experiencia que tienen los representantes, quienes por este motivo pueden ponderar en forma mejor las distintas soluciones; con preceptos como los que contiene nuestra Ley Federal del Trabajo la integración tripartita no dilata el procedimiento laboral y esta integración en una gran mayoría de los casos hace que la justicia sea más humana, más cercana a los problemas y necesidades de los interesados.[13]

Se podría pensar que las juntas de conciliación y arbitraje encuentran su razón de ser en la historicidad del derecho del trabajo y en particular en la manera en que se ha concebido la impartición de justicia laboral en México. Las juntas fueron creadas como órganos de naturaleza especializada, no se trataba de tribunales ordinarios, sujetos a las reglas del derecho civil, sino de tribunales de equidad. La integración tripartita de estos tribunales quería manifestar su composición especial, ya que son los propios actores y no un juez quienes resuelven las controversias que se suscitan entre los factores de la producción. Desafortunadamente la visión de Mario de la Cueva o de Jorge Carpizo de la composición tripartita de las Juntas como un elemento que beneficia a los trabajadores y a los empleadores, no ha resultado así a la luz de los hechos. Por otro lado, muchos integrantes de las juntas litigan de manera subrepticia, a pesar de la prohibición legal existente. Esta práctica es otra manifestación de las prácticas indebidas que deben ser erradicadas.

A nivel internacional, el tránsito de la justicia laboral hacia el Poder Judicial ya ha sido recomendado desde hace más de 70 años por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En 1949 la Cuarta Conferencia Regional del Trabajo de los Estados Americanos miembros de la OIT, aconsejó la constitución de tribunales del trabajo con integración de personas que ostentan las calidades para ejercer la judicatura, y a quienes se reconozca la seguridad de una absoluta independencia, señalándose en las consideraciones previas que en ello radican "las más puras y seguras garantías".

El artículo 4o. de la Recomendación producto de la Cuarta Conferencia Regional del Trabajo, señala: "Los tribunales del trabajo deberían establecerse sobre bases permanentes y con entera independencia de las autoridades ejecutivas"; en su artículo 5o. dispone: "Los jueces del trabajo deberían ser seleccionados entre las personas que posean una profunda experiencia de las cuestiones del trabajo y que reúnan los requisitos para ejercer funciones judiciales".[14]

IV. El diseño de un nuevo modelo de justicia laboral: tribunales con conciliación previa

Han sido muchos los actores que han indicado la necesaria independencia de la justicia laboral. Al respecto, recientemente la transición de juntas a tribunales tuvo un

[13] *Ibidem*, p.77.

[14] *Cfr*. OIT, *Tribunales del trabajo en América Latina*, Ginebra, 1949, pp. 90-91.

impulso importante con los Foros y Diálogos de Justicia Cotidiana, los cuales surgieron luego que el 27 de noviembre de 2014, el presidente Enrique Peña Nieto,[15] solicitara al Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) la organización de foros de consulta para elaborar un conjunto de propuestas y recomendaciones para garantizar el mejor acceso a la justicia. El CIDE realizó diversos foros de *Justicia Cotidiana* y publicó una serie de recomendaciones.[16]

Posteriormente, hubo una segunda etapa denominada *Diálogos por la Justicia Cotidiana*, convocados en noviembre de 2015 por el gobierno de la República, a través de la Consejería Jurídica de la Presidencia, el CIDE y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Particularmente en la segunda etapa, durante las discusiones que se dieron de diciembre de 2015 a abril de 2016, en Palacio Nacional, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM colocó sobre la mesa la necesidad de que las Juntas de Conciliación y Arbitraje alcanzaran su independencia del Poder Ejecutivo y su indispensable tránsito al Poder Judicial.[17]Apropiadamente, así quedó plasmado el 28 de abril de 2016 con la iniciativa de Decreto por el que se reforman el inciso *a)* en sus párrafos primero, tercero y cuarto de la fracción III y el inciso *d)* de la fracción V del artículo 107; las fracciones XVIII, XIX, XX, XXI, el inciso *b)* de la fracción XXVII; y se adicionan la fracción XXII bis y el inciso *c)* de la fracción XXXI del apartado A del segundo párrafo del artículo 123, y se suprime el actual segundo párrafo de la fracción XXXI del apartado A del segundo párrafo del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Con la iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, el Poder Ejecutivo federal se ha inclinado por el tránsito de las juntas de conciliación y arbitraje al Poder Judicial.

Muchos acontecimientos se podrían reseñar de la mesa de discusión sobre justicia laboral, entre ellos, la particularidad de que no hubo representantes, al menos directos, de los empleadores y de los trabajadores en la mesa de discusión, hecho que, lejos de ser un error, fue un acierto, ya que se logró desarrollar una discusión basada en fundamentos racionales y no en necesidades de grupos de interés. La discusión razonada, llevaba siempre a ponderar en la necesaria independencia de la justicia laboral, incluso de quienes en la mesa no compartían esa idea, ya que pequeños cambios, serían sólo eso, y no repercutirían de manera real en una verdadera justicia laboral. Se podría destacar el cambio paulatino que se fue dando en los representantes de la Secretaría del Trabajo, quienes, al final de las discusiones (dentro y fuera de las mesas) se inclinaron por el tránsito de la justicia laboral al Poder Judicial. Cambio de pensamiento en donde jugó un papel fundamental el actual secretario

[15] "Antecedentes. Diálogos por la Justicia Cotidiana", *Justicia Cotidiana*, 13 de noviembre de 2105. Consultado el 11 de julio de 2016 en: *https://www.gob.mx/justiciacotidiana/articulos/antecedentes-dialogos-por-la-justicia-cotidiana?idiom=es*.

[16] López Ayllón, Sergio (coord.), "Síntesis del informe y de las recomendaciones en materia de justicia cotidiana", *Justicia Cotidiana*, 2015. Consultado el 11 de julio de 2016 en: *http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/90289/Informe_Justicia_Cotidiana_-_CIDE.pdf*.

[17] "Relatoría y ponencias", *Foro de Consulta para la Justicia Laboral Cotidiana*, JFCA-STPS, febrero de 2016.

del Trabajo, Alfonso Navarrete Prida, al percatarse de que se encontraba ante la posibilidad y frente a las condiciones necesarias para realizar uno de los cambios más importantes de la época contemporánea en materia laboral.

La exposición de motivos de la iniciativa de Decreto de reforma constitucional, si bien valora los cambios introducidos en la reforma de noviembre de 2012, tales como haber buscado hacer más eficientes los procedimientos y profesionalizar al personal de las Juntas, también reconoce que se requiere una transformación radical para que la justicia laboral se realice plenamente.

En la misma exposición de motivos se reconocen algunos de los problemas que aquejan a la actual justicia laboral: lenta, costosa, de difícil acceso, cuestionable, falta de parcialidad, simulación, discrecionalidad y opacidad.

Las anteriores características chocan con una justicia que debe caracterizarse por su legalidad, imparcialidad, equidad, transparencia, eficacia, certeza, independencia, objetividad, profesionalismo, publicidad, confiabilidad y autonomía, así como por ser efectiva, pronta y expedita y dar certeza jurídica a trabajadores y a empleadores. La iniciativa de Decreto en materia de justicia laboral propone cuatro cambios fundamentales, a saber:

1. Que la justicia laboral sea impartida por el Poder Judicial Federal o de los poderes judiciales locales, según corresponda. Particularmente se reforma la fracción XX, apartado A, del artículo 123 constitucional, para quedar de la siguiente manera:

> La resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones estará a cargo de los juzgados o tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas, cuyos integrantes serán designados atendiendo a lo dispuesto en los artículos 94, 97, 116 fracción III, y 122 Apartado A, fracción IV, de esta Constitución, según corresponda, y deberán contar con capacidad y experiencia en materia laboral. Sus sentencias y resoluciones deberán observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia.

2. La creación de centros de conciliación federales y locales, como una instancia prejudicial a la que deben acudir trabajadores y empleadores. Al respecto se reforman las fracciones XX y XXI, del apartado A, del artículo 123 constitucional, para quedar como sigue:

> Fracción XX.
>
> Antes de acudir a los juzgados o tribunales laborales, los trabajadores y patrones deberán asistir a la instancia conciliatoria correspondiente. En el orden local, la función conciliatoria estará a cargo de los Centros de Conciliación, especializados e imparciales que se instituyan en las entidades federativas. Dichos centros tendrán personalidad jurídica y patrimonio propios. Contarán con plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Se regirán por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo,

transparencia y publicidad. Su integración y funcionamiento se determinará en las leyes locales.

La ley determinará el procedimiento que se deberá observar en la instancia conciliatoria. En todo caso, la etapa de conciliación consistirá en una sola audiencia obligatoria, con fecha y hora debidamente fijadas de manera expedita. Las subsecuentes audiencias de conciliación sólo se realizarán con el acuerdo de las partes en conflicto.

En el orden federal, la función conciliatoria estará a cargo de un organismo descentralizado. Al organismo descentralizado le corresponderá además, el registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados.

Fracción XXI.

Si el patrono se negare a someter sus diferencias al arbitraje o a aceptar la resolución, se dará por terminado el contrato de trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. Esta disposición no será aplicable en los casos de las acciones consignadas en la fracción siguiente. Si la negativa fuere de los trabajadores, se dará por terminado el contrato de trabajo.

3. La revisión del sistema de distribución de competencias entre las autoridades federales y locales. Al respecto destaca la reforma que se propone al artículo 123 apartado A, fracción XXXI, inciso *c)*, numeral 1, relativo a la aplicación de las leyes del trabajo en que la competencia es exclusiva de las autoridades federales, a saber:

Artículo 123

A

XXXI:

…

c) Materiales:

1. El registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados;

2. La aplicación de las disposiciones de trabajo en los asuntos relativos a conflictos que afecten a dos o más entidades federativas;

3. Contratos colectivos que hayan sido declarados obligatorios en más de una entidad federativa;

4. Obligaciones patronales en materia educativa, en los términos de Ley; y

5. Obligaciones de los patrones en materia de capacitación y adiestramiento de sus trabajadores, así como de seguridad e higiene en los centros de trabajo, para lo cual, las autoridades federales contarán con el auxilio de las estatales, cuando se trate de ramas o actividades de jurisdicción local, en los términos de la ley correspondiente.

4. La creación de un organismo descentralizado de la administración pública federal encargado del registro de todos los contratos colectivos de trabajo y de los sindicatos, así como todos sus procesos administrativos inherentes. El organismo también tendrá bajo su responsabilidad, la función conciliatoria en el orden federal:

Artículo 123

A

…

XX:

La resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones estará a cargo de los juzgados o tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas, cuyos integrantes serán designados atendiendo a lo dispuesto en los artículos 94, 97, 116 fracción III, y 122 apartado A, fracción IV, de esta Constitución, según corresponda, y deberán contar con capacidad y experiencia en materia laboral. Sus sentencias y resoluciones deberán observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia.

Antes de acudir a los juzgados o tribunales laborales, los trabajadores y patrones deberán asistir a la instancia conciliatoria correspondiente. En el orden local, la función conciliatoria estará a cargo de los Centros de Conciliación, especializados e imparciales que se instituyan en las entidades federativas. Dichos centros tendrán personalidad jurídica y patrimonio propios. Contarán con plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Se regirán por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad. Su integración y funcionamiento se determinará en las leyes locales.

La ley determinará el procedimiento que se deberá observar en la instancia conciliatoria. En todo caso, la etapa de conciliación consistirá en una sola audiencia obligatoria, con fecha y hora debidamente fijadas de manera expedita. Las subsecuentes audiencias de conciliación sólo se realizarán con el acuerdo de las partes en conflicto.

En el orden federal, la función conciliatoria estará a cargo de un organismo descentralizado. Al organismo descentralizado le corresponderá además, el registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados.

El organismo descentralizado a que se refiere el párrafo anterior contará con personalidad jurídica y patrimonio propios, plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Se regirá por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad. Su integración y funcionamiento se determinará en la ley de la materia.

Para la designación del titular del organismo descentralizado a que se refiere el párrafo anterior, el Ejecutivo Federal someterá una terna a consideración de la Cámara de Senadores, la cual previa comparecencia de las personas propuestas, realizará la designación correspondiente. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Cámara de Senadores presentes o, durante los recesos de ésta, de la Comisión Permanente, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si la Cámara de Senadores no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo aquél que, dentro de dicha terna, designe el Ejecutivo Federal.

En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Ejecutivo Federal someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna designe el Ejecutivo Federal.

El nombramiento deberá recaer en una persona que tenga capacidad y experiencia en las materias de la competencia del organismo descentralizado; que no haya ocupado un cargo en algún partido político, ni haya sido candidato a ocupar un cargo público de elección popular en los tres años anteriores a la designación; y que goce de buena reputación y no haya sido condenado por delito doloso. Asimismo, deberá cum-

plir los requisitos que establezca la ley. Desempeñará su encargo por periodos de seis años y podrá ser reelecto por una sola ocasión. En caso de falta absoluta, el sustituto será nombrado para concluir el periodo respectivo. Sólo podrá ser removido por causa grave en los términos del Título IV de esta Constitución y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos en que actúen en representación del organismo y de los no remunerados en actividades docentes, científicas, culturales o de beneficencia.

Por lo que hace al régimen transitorio, la iniciativa de Decreto de reforma constitucional establece lo siguiente:

1. Una vez que la reforma entre en vigor, el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas tendrán un año para realizar las adecuaciones legislativas necesarias.
2. La reforma entraría en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.
3. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en su momento, deberán realizar las adecuaciones legislativas que correspondan dentro del año siguiente a la entrada en vigor del Decreto.
4. Dentro de un año, el Ejecutivo deberá presentar al Senado la terna para la designación del titular del organismo descentralizado encargado del registro de sindicatos y contratos colectivos.
5. Las medidas pertinentes que se deberán adoptar en tanto se instituyen e inician operaciones los juzgados y tribunales laborales, los Centros de Conciliación y el organismo descentralizado a que se refiere la iniciativa, consistirán en:

    a) Las juntas de conciliación y arbitraje, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social o las autoridades locales, según corresponda, continuarán atendiendo las diferencias o conflictos entre el capital y trabajo y sobre el registro de los contratos colectivos de trabajo y de organizaciones sindicales.
    b) Los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación, continuarán conociendo de los amparos laborales.
    c) Los asuntos en trámite, serán resueltos de conformidad con las disposiciones aplicables al momento de su inicio.
    d) En su oportunidad, se deberán transferir los procedimientos, expedientes y documentación a las nuevas instancias.
    e) Se respetarán conforme a la ley, los derechos de los trabajadores que actualmente tienen a su cargo la atención de las diferencias o conflictos entre capital y trabajo y sobre el registro de los contratos colectivos de trabajo y de organizaciones sindicales.

No se debe omitir señalar que la iniciativa de Decreto incluyó cuatro temas importantes: uno relacionado con la huelga, otro relativo a la contratación colectiva

y el tercero y cuarto relativos a la representatividad sindical. En materia de huelgas establece que en los servicios públicos es obligatorio que los trabajadores den aviso, con diez días de anticipación, a los juzgados o tribunales laborales, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo. La reforma reafirma la necesidad de trasladar las competencias al Poder Judicial, sin embargo, en este caso, se trata de una acción, el aviso, que no tiene que ver con la impartición de justicia, por lo que debería evaluarse si debe ser un órgano administrativo el encargado de recibir el aviso, ya que sólo se trata de eso, de un aviso de inicio de huelga, por lo que deberá repensarse si dicha responsabilidad le debe corresponder o no al Poder Judicial. Al respecto se podría considerar que se trata de un proceso administrativo relacionado con los sindicatos, lo cual encuadraría con la reforma que se propone al artículo 123, apartado A, fracción XXXI, inciso *c)*, numeral 1, relativo a la aplicación de las leyes del trabajo en que la competencia es exclusiva de las autoridades federales: *El registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados.*

En segundo lugar, la iniciativa Decreto resalta la aparición a nivel constitucional de la noción negociación colectiva, la cual por primera vez estaría incluida en el texto constitucional. También destaca el hecho de que se habla de negociación colectiva y no de contratación colectiva como actualmente aparece en la LFT. Al respecto se debería pensar en homologar las dos nociones, ya que su contenido y alcance es diferente.

En tercer lugar, la iniciativa de Decreto establece que los procedimientos y requisitos que establezca la ley para asegurar la libertad de negociación colectiva y los legítimos intereses de trabajadores patrones, deberán garantizar la representatividad de las organizaciones sindicales, y certeza en la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo.

Finalmente, en cuarto lugar se señala que la ley debe garantizar el voto personal, libre y secreto de los trabajadores para la elección de sus dirigentes y la resolución de conflictos entre sindicatos.

La reforma constitucional que propone el Poder Ejecutivo en materia de justicia laboral, resulta trascendente en múltiples sentidos, al respecto nos permitimos destacar dos de ellos: que la justicia laboral transite al Poder Judicial y que exista una conciliación previa, para lo cual se crearían órganos conciliadores federales y locales.

V. Una necesaria lectura integral de la justicia laboral: retos y oportunidades

En materia de justicia laboral, distinguir entre administración e impartición de justicia resulta fundamental a fin de diferenciar dos problemáticas distintas: administración de justicia laboral (servicio civil de carrera, mejoramiento de la infraestructura, mayores recursos económicos, labores de inspección a cargo de la autoridad administrativa, etc.) e impartición de justicia (independencia de la justicia laboral).

Asimismo, con la iniciativa de reforma constitucional, la conciliación ocupa un lugar importante en materia de justicia laboral.

El posible tránsito de la justicia laboral, ahora en las juntas de conciliación y arbitraje, al Poder Judicial perfeccionaría y mejoraría el Estado de derecho, por las razones que abajo se anotan, aunque no dejan de observarse algunos puntos a reflexionar en la materia. Asimismo, es necesario considerar las funciones que realizan, tanto la STPS, a través de su Dirección General de Inspección del Trabajo, así como la inspección del trabajo estatal. Al estudiar la justicia laboral no debemos centrarnos sólo en el Poder Judicial, de ahí que sea importante que la iniciativa de Decreto comentada incluya la conciliación prejudicial, materia en que se tienen una serie de desafíos a considerar.

1. *El tránsito al poder judicial de la justicia laboral: algunos desafíos*

Incorporar la justicia laboral al Poder Judicial, quizás representaría regresar a la situación que tenía nuestro país en los primeros años del siglo XX. Al respecto, cabe recordar que en la Exposición de Motivos de la primera Ley Federal del Trabajo, se señalaba: "El Congreso Constituyente, al crear las juntas de conciliación y arbitraje, no quiso darles funciones de tribunales de trabajo, sino corporaciones de carácter administrativo, destinadas a prevenir los conflictos o a proponer soluciones para ellos, siempre que tuvieran carácter puramente económico. Durante los años que siguieron a la promulgación del Código Político, ésta fue también la interpretación que le dio la Suprema Corte de Justicia de la Nación".[18]

La inclusión de las Juntas al Poder Judicial, supondría dejar de vulnerar los principios de unidad de la jurisdicción y de la división de Poderes:[19]

1. Unificar formal y orgánicamente la jurisdicción (que ya lo está desde el punto de vista material a través del amparo);
2. Establecer la posibilidad de una política judicial integral, lo que realzaría el peso institucional de los tribunales;
3. Extender la carrera judicial a los tribunales especializados, lo que contribuiría a un mayor grado de eficiencia y profesionalismo.
4. Reforzar la independencia de los tribunales especializados, desligando la designación de sus presidentes del poder ejecutivo federal o estatal.

La reforma constitucional que está proponiendo el Poder Ejecutivo implicaría volver a la antigua jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. Aunque en aquel entonces las juntas enfocaban su función a los conflictos colectivos de naturaleza

[18] Exposición de Motivos de la Ley Federal del Trabajo, 1931, *La Gaceta Laboral*, núm. 9, enero-febrero de 1977, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.

[19] Fix-Zamudio, Héctor y Fix-Fierro, Héctor, *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, UNAM, 1996, p. 369.

económica,[20] situación que no aclara la propuesta de reforma constitucional y que en principio se consideraría competencia del Poder Ejecutivo.

Otro tema importante tiene que ver con el cómo se van a abordar los conflictos de seguridad social.[21] Como señalan Juan Francisco Rocha Bandala y Fernando Franco González Salas:

> Ni la jurisdicción laboral que ejerce la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, por una parte, ni la jurisdicción fiscal que corre a cargo del Tribunal Fiscal de la Federación (hoy Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa), son adecuadas para conocer de las demandas formuladas por los asegurados, sus beneficiarios y el Instituto Mexicano del Seguro Social, con motivo de la aplicación de la Ley del Seguro Social. Se funda tal opinión en la circunstancia de que constitucionalmente la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje es incompetente para resolver conflictos de seguridad social, por rebasar dichos conflictos la competencia que la Constitución le fija, y en segundo lugar en virtud de la estructura y composición de los tribunales de trabajo que no corresponde a las partes que intervienen en los litigios, pudiéndose hacer esta reflexión aplicable al Tribunal Fiscal de la Federación, que a mayor abundamiento en materia de seguridad social, carece de la estabilidad y de la fijeza que exigen la seguridad social y la buena administración de justicia.[22]

Número de juicios en la JFCyA: datos del 31 de agosto de 2010

	JFCyA	*%*
Afores	48 843	19.35
Sector privado	21 102	8.36
IMSS	78 647	31.16
Infonavit	15 828	6.27
Pemex	18 936	7.50
ISSSTE	9 622	3.81
CFE	10 940	4.33
Sepomex	2 629	1.04
FNM	4 842	1.92
Otros	40 996	16.26
Total	252 385	100

FUENTE: PFDT, 2010.

[20] "En efecto, la jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre 1917 y 1924 integró una jurisdicción laboral concurrente en las Juntas de Conciliación y Arbitraje y en los tribunales comunes, puesto que mientras las primeras tuvieron competencia para dirimir únicamente los conflictos de orden económico suscitados entre capital y trabajo, los segundos conservaron el imperio para resolver las controversias de orden jurídico entre trabajadores y patronos". Álvarez del Castillo, Enrique, "La naturaleza y la organización de los tribunales de trabajo en la Ley Federal del Trabajo", en *Origen y repercusiones de la primera Ley Federal del Trabajo*, México, STPS, 1981, p. 117.

[21] Marquet Guerrero, Porfirio, "Resolución de controversias laborales y de seguridad social", en Kurczyn, Patricia (coord.), *Panorama internacional de derecho social. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2007, pp. 623-651.

[22] Rocha Bandala, Juan Francisco y Franco González Salas, José Fernando, *La competencia en materia laboral. Evolución. Los tribunales de seguridad social. Una necesidad*, México, Cárdenas, 1975, pp. 294 y 295.

En materia de seguridad social, es importante tener en cuenta lo que ocurre en Chile, en donde dos tercios de los juicios tratan de cuestiones ajenas a los conflictos laborales, por ejemplo, las demandas de las administradoras de fondos de pensiones contra las empresas morosas en pagar las aportaciones.[23]

Otra conclusión que se puede extraer del cuadro arriba citado es que muestra con claridad que en 2010 (última información disponible) la menor cantidad de litigios (8.36%) corresponden al sector privado, siendo la mayoría de los juicios conflictos de seguridad social (60.59%) o de organismos públicos (Pemex, Sepomex, CFE, etc.). Son los organismos públicos los que más litigan en la JFCA. Lo que quizás sea una señal de que algo no funciona correctamente en dichas entidades públicas. Nos encontramos ante la paradoja de que el sector privado es menos conflictivo en número de juicios, que el sector público.

2. *La justicia laboral a través de la Secretaría del Trabajo*

La administración de justicia laboral se realiza desde la propia empresa a través de una eficaz inspección del trabajo. A los inspectores del trabajo les corresponde examinar cómo se aplican las normas de trabajo en la empresa en materia de condiciones de trabajo (salario, horario y prestaciones; condiciones de seguridad e higiene en el trabajo y, en materia de capacitación y adiestramiento). No se puede llevar a cabo la administración de justicia laboral desde la empresa, si no se mejora la inspección del trabajo y si se siguen arrastrando una serie de problemas:

a) Falta de recursos y desinterés por proveerlos.
b) Poco personal y personal no calificado.
c) Prácticas irregulares o corrupción de los inspectores (inspecciones intencionalmente mal realizadas para que se declare la nulidad de las mismas).
d) Falta de profesionalización de los inspectores (es suficiente el bachillerato para ser inspector).
e) Falta de infraestructura para poder realizar sus actividades de manera eficiente.
f) Falta de una legislación promocional del respeto de la legislación laboral.
g) Criminalización de la labor del inspector.
h) Falta de claridad en las sanciones impuestas a los empleadores, lo que conlleva que no se impongan sanciones.

El tema del poco personal es uno de los grandes desafíos que enfrenta la justicia laboral. El número de inspectores con que cuenta nuestro país sólo alcanza a cubrir al 1% de las empresas. Dotar de un número suficiente de inspectores y de una infraestructura adecuada puede disminuir accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y conflictos laborales, contribuyendo a estimular la productividad y el

[23] Tapia Guerrero, F, "La justicia laboral en Chile", en SIDTSS, *Encuentro Latinoamericano de Justicia del Trabajo*, junio de 1999, San José de Costa Rica, pp. 5 y ss.

desarrollo económico. Una inspección del trabajo moderna debe buscar más allá de verificar el cumplimiento de la legislación laboral:

a) Aconsejar a los empleadores y a los trabajadores respecto de la manera de mejorar la aplicación de la legislación en cuestiones como el tiempo de trabajo, los salarios, la seguridad y la salud en el trabajo, y el trabajo infantil.
b) Hacer del conocimiento de las autoridades del trabajo las lagunas y deficiencias de la legislación.
c) Garantizar que la legislación del trabajo se aplique de modo igualitario a todos los empleadores y trabajadores.
d) Promover el respeto de la legislación laboral por los empleadores informales.
e) Involucrar a los sindicatos y empleadores en el respeto de la legislación laboral.
f) Profesionalizar a los inspectores del trabajo.
g) Tolerancia cero a la corrupción dentro de la inspección del trabajo.
h) Revertir el traslado de la inspección a las unidades de verificación.

Resulta fundamental el desarrollo de normas promocionales en materia de inspección del trabajo.[24] Las normas promocionales vía incentivos pueden tender hacia el progreso de los intereses del empleador y de los trabajadores. Esta visión tiene una relación directa con los objetivos de la inspección del trabajo de la STPS y la inspección del trabajo estatal.

3. *El papel fundamental de la conciliación en materia laboral*

La conciliación en materia de justicia laboral es otro de los grandes temas que contempla la iniciativa de reforma constitucional. Al respecto, deben hacerse tres señalamientos. El primero es que la conciliación ha estado presente siempre, al menos formalmente, en la justicia laboral, no por nada las juntas se llamaban de conciliación y arbitraje. La segunda consideración es que, a pesar de dicha presencia, realmente la conciliación nunca ha sido parte fundamental de la justicia laboral. Su papel simple ha sido accesorio. Así, por ejemplo, en la JFCA durante 2015, el índice de conciliación promedio fue de 23.2%, aún lejos del indicador sectorial del 30% establecido en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, a pesar de las Jornadas

[24] La diferencia entre normas de conducta y normas de organización está indicando no tanto una diferencia entre tipos de Estado como una diferencia entre dos distintas funciones del derecho: la de hacer posible la convivencia de individuos (o grupos) que persiguen cada uno *fines particulares* y la de hacer posible la cooperación de individuos (o grupos) que persiguen un *fin común*. Las normas promocionales, por su parte, no tienen por objeto ordenar a los individuos a adoptar un determinado comportamiento, sino incitarlos a adoptar dicho comportamiento por medio de la promesa de una determinada recompensa. Al respecto véase los trabajos de Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 1987; y del mismo autor, *Contribución a la teoría del derecho*, España, 1979; y de G. Vedel, prefacio al libro de Amselek, P., *Science et déterminisme, éthique et liberté*, P.U.F., 1988.

Nacionales de Conciliación.[25] La tercera consideración es que la reforma constitucional del 18 de julio de 2008, del artículo 17 constitucional estableció: "Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias…".

La creación de centros de conciliación federales y locales, como una instancia prejudicial, además de ser una obligación constitucional ya existente, debe convertirse en los espacios en donde la conciliación se haga una realidad y no se convierta en un espacio burocrático más en donde se comercialice con la justicia laboral, ya que la conciliación no puede ni debe convertirse en una renuncia encubierta de derechos.

Para que esto no suceda, se debería tomar en cuenta la experiencia de los países de América Latina[26] y de otros continentes, así, por ejemplo, en Costa Rica existe el Centro de Resolución Alterna de Conflictos Laborales, un organismo del Ministerio de Trabajo, encargado de la conciliación laboral. Se trata de una instancia voluntaria[27] o en Perú, en materia laboral, puede haber conciliación judicial, conciliación privada, conciliación administrativa, y conciliación extrajudicial.

En Estados Unidos existe un Servicio Federal de Mediación y Conciliación (FMCS) creado por el Congreso en 1947. Se trata de un organismo descentralizado cuya misión es promover relaciones obrero-patronales sólidas y estables. LA FMCS realiza servicios de mediación, para lo cual cuenta con más de 75 dependencias diseminadas en el territorio de Estados Unidos, administradas a través de cinco regiones geográficas. El Servicio brinda atención a empleadores y trabajadores agremiados pertenecientes al sector público y al gobierno federal.[28]

En Canadá el Servicio Federal de Mediación y Conciliación (FMCS) administra los procedimientos de resolución de conflictos establecidos en el Código Laboral. Estos procedimientos incluyen todas las funciones obligatorias de conciliación y mediación, así como las disposiciones sobre arbitraje en caso de quejas. Asimismo, el FMCS desarrolla programas no obligatorios de mediación preventiva y mediación en casos de quejas.

En España, además de la mediación existe la conciliación. La conciliación es un requisito previo para la tramitación de cualquier procedimiento por despido ante el Juzgado de lo Social, salvo los procesos que exijan la reclamación previa en vía ad-

---

[25] En la JFCA, los juicios de carácter individual fueron 425 503, de los cuales 174 520 se encuentran en instrucción, 69 720 en dictamen, 44 456 en amparo; 92 456 en laudo y 44 351 en ejecución. De enero a octubre de 2015, el número de demandas individuales presentadas fue de 67 028 asuntos. Con información de: Informe de Labores 2015, JFCA. Consultado el 15 de julio de 2016 en: *http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/junta_federal/secciones/documentos/Informe_de_Labores_2015.pdf*.

[26] Ciudad Reynaud, Adolfo (ed.), *La justicia laboral en América Central, Panamá y República Dominicana*, San José, Organización Internacional del Trabajo, 2011.

[27] Sappia, Jorge, *Justicia laboral y medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del trabajo*, Oficina Regional para América Latina y El Caribe Proyecto CIMT-OIT, OIT 2002. Consultado el 11 de julio de 2016 en: *http://white.oit.org.pe/cimt/documetospdf/149e.pdf*.

[28] Departamento de Trabajo de Estados Unidos (USDOL), *El perfil laboral en Estados Unidos*, Estados Unidos, 2008, p. 9. Consultado el 7 de julio de 2016 en: *https://www.dol.gov/dol/topic/2008USLaborProfleSpanishRevisedtoprint71808.pdf*.

ministrativa. Lo acordado en conciliación o mediación tiene fuerza ejecutiva entre las partes, sin necesidad de ratificación ante el juez.[29]

Igualmente, se debe tener presente la Recomendación 92 de la OIT sobre Conciliación y arbitraje voluntarios de 1951, con el objeto de favorecer la conciliación desde la empresa.

Al respecto, la Recomendación señala que se deberían establecer organismos de conciliación voluntaria, apropiados a las condiciones nacionales, con objeto de contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo entre empleadores y trabajadores.

Todo organismo de conciliación voluntaria, establecido sobre una base mixta, debería incluir una representación igual de empleadores y de trabajadores. Si un conflicto ha sido sometido a un procedimiento de conciliación con el consentimiento de todas las partes interesadas, debería estimularse a las mismas para que se abstengan de recurrir a huelgas y a *lockouts* mientras dure el procedimiento de conciliación.

Igualmente se debe tener presente el criterio aprobado en la reunión de Montevideo de 1948 de la OIT, criterio que aconsejaba que las cuestiones vinculadas a conflictos de tipo económico en general, y en alguna hipótesis las jurídico-colectivas, debieran ser atributo de la autoridad administrativa a través de los sistemas de conciliación y arbitraje. Esto es, no sólo los conflictos individuales.

VI. Consideraciones generales

Si prospera la iniciativa de reforma constitucional en materia de justicia laboral, vamos a ver una mejora de la misma, por el simple hecho de que en materia laboral se van a igualar las mismas condiciones que existen hoy en día en el Poder Judicial. No se exagera en decir que, además de lograr la independencia de la justicia laboral del Poder Ejecutivo Federal y de los poderes ejecutivos estatales, también se va a lograr un gran avance en materia de administración de justicia (mismos salarios que en el Poder Judicial, misma infraestructura, mismos recursos tecnológicos, etc.). Sin embargo, no deben de dejar de observarse las problemáticas presentadas en otros países, particularmente, y de alguna manera ya presentes en las juntas de conciliación, a saber: incremento de juicios, la consecuente lentitud de la justicia laboral, la falta de comprensión de la particularidad de la justicia laboral, entre otros temas.[30]

---

[29] Fernández-Costales Muñiz, Javier, "Mediación, conciliación y arbitraje en el ordenamiento laboral español", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 35, enero de 2015. Consultado el 1 de julio de 2016 en: *file:///C:/Users/alfredo/Downloads/Javier+Fern%C3%A1ndez+Costales+digital%20(2).pdf*.

[30] Barbagelata, Héctor-Hugo, "Tendencias de los procesos laborales en Iberoamérica", *Portal de Información y Opinión Legal. Pontificia Universidad Católica del Perú*. Consultado el 10 de julio de 2016 en: *http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/lab_art20.PDF*.

La reforma laboral en México necesariamente deberá caracterizarse por: una tutela judicial efectiva; un proceso sin dilaciones indebidas; un derecho a ser oído dentro de un plazo razonable; un derecho a un recurso sencillo y rápido; un procedimiento sencillo y breve; un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos; un recurso efectivo ante los tribunales para la protección de los derechos fundamentales; un derecho a ser oído públicamente por un tribunal independiente, y una jurisdicción tuitiva en materia de trabajo.

LOS EFECTOS DE LA REFORMA EN DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO LOCAL

Olga María del Carmen SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA*

> No existe un solo modelo de democracia, o de los derechos humanos, o de la expresión cultural para todo el mundo. Pero para todo el mundo, tiene que haber democracia, derechos humanos y una libre expresión cultural.
>
> Kofi Annan. Secretario General de las Naciones Unidas, de 1997 a 2006, y Premio Nobel de la Paz, 2001.

SUMARIO: I. *Reforma revolucionaria*. II. *Sus efectos en el constitucionalismo local*.

I. REFORMA REVOLUCIONARIA

He querido iniciar con un pensamiento de quien fuera Secretario General de las Naciones Unidas, entre 1997 y 2006, y galardonado con el Premio Nobel de la Paz en 2001, referente a la imperiosa necesidad para todo el mundo, de tres elementos íntimamente relacionados: la democracia, los derechos humanos y la libre expresión cultural.

Para mí, estos son pilares de todo Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho, y que no pueden considerarse de manera aislada, ellos dan razón de todo el aparato estatal y su función en aras del bien común, la satisfacción y desarrollo de cada uno de los sectores y miembros que integran la sociedad.

Y es que en tiempos como los que ahora vivimos, pareciera que la democracia se identifica con el sistema electoral y la preferencia partidista que se refleja en las urnas.

* Ministra en retiro y Notaria Pública 182 de la Ciudad de México.

Pero hablar de democracia, no sólo implica la forma de elección de quienes tienen la alta encomienda de la función pública, su alcance va mucho más allá.

El artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), expresa: "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental".

Es a partir del modo en que entendamos la democracia, que adquieren una dimensión muy distinta los derechos humanos y la libre expresión de la cultura, para la consolidación de una sociedad incluyente, tolerante y plural, en la que toda persona encuentre un espacio en el que su voz se alza y es escuchada.

Uno de los más importantes doctrinarios de las ciencias sociales, profesor de la Universidad de Nueva York, y del University College de Londres, Ronald Dworkin, en una de sus obras, *La democracia posible, principios para un nuevo debate político*, expone las dos principales concepciones de la democracia: la mayoritaria y la asociativa.

La mayoritaria implica el gobierno de la voluntad de la mayoría, es decir, de acuerdo con la voluntad del número mayor de personas expresadas en elecciones con sufragio universal o casi universal.

En esta forma, nada garantiza que las decisiones de la mayoría sean justas. Pueden resultar injustas para minorías cuyos intereses son ignorados sistemáticamente por aquella. Si éste es el caso, la democracia es injusta, pero no menos democrática por esta razón.

Según la concepción opuesta de la democracia, la asociativa, significa que las personas se gobiernan a sí mismas cada cual como asociado de pleno derecho de una empresa política colectiva, de tal manera que las decisiones de una mayoría son democráticas sólo si se cumplen ciertas condiciones que protegen la condición y los intereses de cada ciudadano en tanto asociado de pleno derecho de esa empresa.

De acuerdo con la visión asociativa, una comunidad que ignora continuamente los intereses de alguna minoría u otro grupo es, precisamente por esta razón, una comunidad no democrática, aunque elija a los representantes mediante impecables procedimientos mayoritarios.

En este contexto todos los grupos que integran la sociedad son importantes e imprescindibles en la toma de decisiones. Y se busca que las minorías no se conviertan en grupos rezagados, excluidos, marginados, rechazados o como los denominara el cineasta Luis Buñuel: los olvidados.

Evidentemente, se deben acortar las distancias que marcan las diferencias —que en realidad son creadas ideológicamente— frente a aquellos grupos o comunidades que por circunstancias de pobreza, origen étnico, estado de salud, edad, género o discapacidad, se encuentran en una situación de mayor indefensión, para hacer frente a los problemas que plantea la vida o no cuentan con los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas.

En cada sociedad se puede identificar a los grupos vulnerables a partir de características personales: edad, sexo, situación familiar, domicilio, empleo, nivel cultural y de formación, factores que les impiden incorporarse al desarrollo y acceder a me-

jores condiciones de bienestar. Pero también pueden identificarse debido a ciertos contextos regionales o nacionales, por ejemplo, los refugiados, emigrantes, desplazados por cuestiones de carácter político o ideológico e incluso por factores de carácter ambiental como los riesgos geológicos, hidrológicos y desastres naturales.

Ante escenarios como el que he descrito, los grupos en condición de vulnerabilidad son de suma importancia, no sólo para los diversos entes gubernamentales, sino para toda la sociedad. La sola detección y reconocimiento de los sectores que se encuentran en una situación de desventaja no basta. Deben aplicarse medidas que logren condiciones en la que se ubiquen —no ante un trato estrictamente igualitario—, sino en igualdad de condiciones, implementando las medidas necesarias para reducir la brecha que marca la misma desigualdad en que se encuentran, para lograr las mismas oportunidades, desarrollo y participación en la sociedad.

En este orden de ideas, aunque nuestro sistema jurídico tradicionalmente ha previsto formas y mecanismos para la tutela, protección y reparación de los derechos humanos, ahora esta función eminente del Estado se ve potencializada a partir de la Reforma Constitucional en materia de derechos humanos, publicada el 10 de junio de 2011.

La adecuación de la norma suprema, en materia de derechos humanos surgió en un momento de imperiosa necesidad, pues no podemos voltear la mirada y negar que desgraciadamente el México que vivíamos y que vivimos hoy, es de un clima violento, principalmente por los altos niveles de delincuencia e inseguridad que se viven en el país, pero también por las marcadas divisiones que se aprecian socialmente.

México, es un crisol de culturas, de raíces, de lenguas, tradiciones, colores, razas, recursos y religiones; los estados del norte, como lo es Nuevo León, tienen un colorido muy diverso a los del sur, al centro, al Bajío, y todo este mosaico de diversidades son las que precisamente nos enriquecen como nación.

La Reforma Constitucional en materia de derechos humanos, desde mi perspectiva, busca la integración que como sociedad tanta falta nos hace.

Estamos viviendo una constitucionalización y convencionalización de todo el ordenamiento, buscando que éste sea armónico en el objetivo esencial de todo Estado Constitucional y Social de Derecho y con el marco internacional en la materia; esto es, la máxima protección de los derechos humanos.

A través de la historia, los derechos fundamentales se han venido desarrollando de manera progresiva, con lo que se ha hecho necesaria una protección cada vez más amplia y efectiva de ellos. Pocas generaciones tienen la oportunidad de atestiguar cambios tan importantes en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales de los que gozamos todas las personas por el simple hecho de serlo.

Sin embargo, tales avances no son espontáneos, son el producto de un largo trayecto en el que hombres y mujeres han luchado durante siglos dando su vida al servicio de la patria; y aún hoy en día, de un modo u otro, seguimos en la constante construcción de un México mejor, más justo, más igualitario, más respetuoso de las minorías, más incluyente y de mayores oportunidades.

Toda comunidad que se define a sí misma, como un Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho, tiene la naturaleza del más puro y absoluto recono-

cimiento, respeto, garantía y reparación de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en ella, teniendo como finalidad su desarrollo y bienestar.

Aunque México ha tenido una gran evolución histórica y cultural, y en nuestra carta magna se reconocen los valores y los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada en el seno de las Naciones Unidas en 1948, junto con la Declaración de los Derechos Económicos y Sociales, además de otros tratados internacionales firmados por México, hoy quiero hacer, a través de estas líneas, un reconocimiento a José María Morelos y Pavón, no sólo como el Siervo de la Nación mexicana, sino como primer gran legislador nacionalista y verdadero creador de la primera república y Constitución mexicana, con sus *Sentimientos de la Nación* y su ardua tarea durante el Congreso de Chilpancingo y su posterior Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionada en Apatzingán, el 22 de octubre de 1814.

Es precisamente la finalidad que encierra el modelo actual de nuestro sistema jurídico en materia de tutela de los derechos humanos, la que reconocemos en palabras del propio Morelos, cuando sostiene: "Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, aleje la ignorancia, la rapiña y el hurto".

Así hemos trabajado en esta constante, prácticamente desde superar el añejo concepto de "garantías individuales", y establecer el de los "derechos humanos", con lo que se han generado cuestionamientos que han tenido que dilucidarse en aras de proteger a la persona. Se ha avanzado desde el reconocimiento de grupos en condición de vulnerabilidad y estereotipos, como lo son las comunidades indígenas, los adultos mayores, los niños, las mujeres, las personas con discapacidad, personas con preferencias sexuales distintas, entre otros, para la mayor y mejor protección de todos, partiendo muchas veces de que la igualdad no es absoluta o estática, sino que deben considerarse las diferencias para poder así abatir éstas y encontrar una auténtica condición de igualdad, no sólo ante la ley, sino en el desarrollo de la persona al interior de la sociedad.

Esta revolucionaria reforma ha llevado a distinguir entre los "Derechos Fundamentales", como aquellos derechos que protegen a la persona que se encuentran contenidos en los cuerpos normativos de fuente nacional, específicamente en la Constitución y los "Derechos Humanos", como aquellos que provienen de fuente internacional, ya sean tratados o convenciones internacionales, del sistema universal de la Organización de las Naciones Unidas, o del Sistema Regional Interamericano de Derechos Humanos, propio de la Organización de Estados Americanos, para poder establecer la norma que resulte más favorable a la persona. Ello implica realizar un balance en el cual se antepone al individuo a los intereses del Estado, y excepcionalmente, cuando éste lesiona los intereses generales, el propio Estado actúa de manera subsidiaria para el restablecimiento de los derechos violados y la imposición de sanciones para la persona; ello en aras del interés público. Pero, reitero, es por excepción.

Se abandonó esa antigua fórmula contenida desde 1917, y se dio el salto a lo real, al reconocimiento por parte del Estado, pues los derechos humanos son inherentes a la persona, éstos no pueden de manera alguna ser otorgados por quien no tiene tales facultades.

Así, se debe entender que los derechos humanos no son algo que se otorgue o deba darse, sino que es algo que nadie nos puede quitar.

En mi opinión, el núcleo de la reforma radicó en el principio interpretativo *pro persona*, que, sin estar técnicamente así conocido o desarrollado, debemos entenderlo como la mejor protección a la persona en lo que le resulte favorable.

Bajo la figura del principio *pro persona*, como método interpretativo en la determinación, aplicación o restricción de un determinado derecho humano, se supera o queda fuera de lugar cualquier confrontación en torno a qué derechos tienen primacía; es decir, si los derechos humanos consignados en la Constitución o los establecidos en los tratados internacionales tienen mayor jerarquía.

Pues hablando de derechos humanos, en la actualidad no se trata de una cuestión de estructura escalonada del ordenamiento jurídico o de sistemas independientes, propio de la escuela exegética en la que la norma superior desplazaba a la norma inferior.

Hoy en día la cuestión versa en torno a la más efectiva y eficiente protección de la persona en su esfera de derechos humanos, siendo determinante aquél que le favorece de manera más amplia.

Las fórmulas en las que, de manera general, se establecía dogmáticamente la primacía de un derecho de fuente nacional frente a los de fuente internacional, han quedado atrás, dando lugar al análisis del caso concreto determinándose cuál es el derecho que conlleva la más amplia protección.

Claro que esto tiene aparejadas serias complicaciones, ya que es más fácil determinar de modo general y en abstracto la posición jerárquica de las normas de una determinada fuente, pero ello no asegura que provoque necesariamente la mayor protección a la persona, simplemente evidencia la aplicación y respeto del derecho que ha sido determinado como superior, y la regularidad de éste.

El principio *pro persona*, como guía que ha de marcar el rumbo de la protección de los derechos humanos en cada caso concreto, no implica renuncia de la soberanía o desconocer la supremacía constitucional.

En principio, la Constitución sigue siendo quien determina la creación de otras normas, y cuáles forman parte del sistema jurídico, dando ahora un carácter especial a las relativas a los derechos humanos contenidas en tratados internacionales.

Así, en ese momento histórico era impostergable que nuestro derecho se ajustara a las exigencias sociales, las cuales eran por demás evidentes en el plano nacional, así como en el concierto internacional en lo que a un marco común de los derechos humanos se prevé, en aras de un *Ius Comune*, ya sea en lo regional como integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, o del Sistema Universal de la Organización de las Naciones Unidas.

Especialmente, se incluye de manera expresa en el texto del artículo 1o. de la norma fundamental, una cuestión que de manera subyacente se encuentra en todo

Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho, y que son las obligaciones de las autoridades en relación con los derechos humanos de las personas. Pues toda la función del Estado radica esencialmente en el respeto, desarrollo y realización de las personas que integran la sociedad. El aparato gubernamental, los Poderes en que se divide, y las instituciones, no tienen un fin en sí mismas, su objeto es responder a las mujeres y hombres que han dado su voto de confianza en ellos, encomendándoles la tarea de la función pública.

Así, en el artículo 1o. de la CPEUM se contempla que *todas las autoridades en el ámbito de sus competencias*, tienen la obligación de promover, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Este es un imperativo que, como toda norma, característico de las de rango constitucional, investidas de supremacía, está formulada en términos generales y abstractos en relación con todas las personas.

En ese mismo sentido, en la consolidación y adecuación de tan importante reforma constitucional, en el actual paradigma en materia de derechos humanos, ocupa un lugar especial la determinación del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente Varios 912/2010, en la que se sostuvo esencialmente lo siguiente:

- Que todos los jueces del Estado mexicano están facultados para inaplicar las normas generales que, a su juicio, consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia CPEUM y en los tratados internacionales.
- Como consecuencia de lo anterior, y a solicitud del Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se solicitó la modificación de la jurisprudencia en la que se interpretaba el artículo 133 constitucional, en el sentido de que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales no está autorizado para todos los jueces del Estado mexicano, criterio del cual al día de hoy se ha determinado que dejó de tener efectos.
- También se hizo referencia a las interpretaciones constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar y con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.
- Finalmente, se ordenó que deberá garantizarse, en todas las instancias conducentes, el acceso al expediente y la expedición de copias del mismo para las víctimas.

Bajo esta perspectiva vanguardista que les comento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha recorrido y trazado el camino propicio para una mejor y mayor protección de los derechos humanos, generando criterios tendentes a que las personas encuentren respuesta a sus reclamos de justicia, que sientan en las instituciones jurisdiccionales un espacio en el que verdaderamente son escuchados y protegidos, diseñando vías, en las que la fría y pálida letra de la ley adquiere un crisol de humanismo, conforme a una interpretación y aplicación que cubre en toda su extensión a la norma, con los parámetros propios de la tutela de los derechos humanos.

Estamos ante conceptos, paradigmas e instituciones, de lo más actual, y que es, no sólo el presente, sino el futuro de cómo se irá delineando la justicia en nuestro país.

Es de reconocer que a raíz de esta reforma en materia de derechos humanos, *quizá la más importante desde la expedición misma de la Constitución de 1917*, así como lo determinado por el Alto Tribunal en el famoso cuaderno de Varios 912/2010, relativo al cumplimiento de las obligaciones del Estado mexicano, por lo que corresponde al Poder Judicial, en atención a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco contra México, *el control de los derechos humanos se ha visto ampliado en las vías para su mejor y mayor protección*.

De tal manera, que ahora, a partir de una nueva interpretación en la que no sólo se atiende al artículo 133 de nuestra norma fundamental, sino que además se realiza una lectura sistemática incluyendo lo previsto por el artículo 1o., contamos con un control constitucional dual, en el que, por una parte es difuso, y vía incidental, en cualquier instancia ordinaria, el juzgador local o federal, ante la absoluta e irremediable inconstitucionalidad de una norma de carácter legal, puede en el caso concreto *inaplicarla y acudir de manera directa a la disposición constitucional o de un tratado internacional, que sea la más favorable a la persona*.

Por otra parte, un control que sigue siendo concentrado y directo, en el que se combate de manera frontal la violación a un derecho humano, y que se conforma por el juicio por excelencia para la protección de la persona, y modelo en diversas latitudes para tales fines, *me refiero al juicio de amparo; así como por la Controversia Constitucional y la Acción abstracta de inconstitucionalidad.*

II. Sus efectos en el constitucionalismo local

Bajo la obligación y acorde con los principios que consagra el artículo 1o. constitucional, se impone a todos los que desarrollan una función de carácter público, la máxima atención al respeto, tutela y reparación de los derechos humanos, desempeñando, desde mi particular punto de vista, un papel esencial las autoridades estatales en esta honorable tarea.

La importancia y trascendencia que tienen los poderes locales, en torno a los derechos humanos, radica en la inmediatez que tienen con el ciudadano; son las autoridades del orden estatal las que se encuentran más próximas a la persona que sufre una vulneración o se han violentado sus derechos fundamentales. Actualmente ningún operador jurídico puede tomar de manera aislada la norma relativa o que estime aplicable al caso, y limitarse únicamente a aplicarla llanamente en su literalidad.

La justicia es un valor supremo de la humanidad, pero también sumamente complejo, y el derecho un entramado de reglas, principios y valores, que integran un sistema y un orden, que se interrelacionan, en aras de la aspiración de que cada quien tenga y logre lo que en justica le corresponde.

A este conjunto de elementos que conforman el derecho, se suma a nuestro sistema jurídico —además de las normas de fuente interna, tanto de rango constitucional, legal y reglamentario— las normas provenientes de fuente internacional, formando así un pluralismo jurídico en el que el operador tiene un vasto conjunto de instrumentos ante los asuntos que se someten a su conocimiento.

Así, el Constituyente permanente tuvo a bien integrar en el orden jurídico mexicano, a los derechos humanos contenidos en aquellos tratados internacionales en los que nuestro país sea parte, enriqueciendo la tutela y protección de las personas y adecuando nuestro sistema al marco común que paulatinamente se ha ido formando en el ámbito internacional, tanto a nivel regional como lo es en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos; o en el Sistema Internacional de la Organización de las Naciones Unidas.

Esta integración normativa propicia el dialogo jurisprudencial entre los tribunales trasnacionales y los nacionales, proporcionando así la guía u orientación de los criterios y jurisprudencia que con la percepción de un *Ius Comune* se conforman en tribunales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o la Corte Internacional de Justicia.

De la propia norma suprema se extraen las condiciones necesarias para que su lectura no sea de manera parca, fría o insensible, abriéndonos los ojos, ante la aparente neutralidad que nos puede provocar una norma si se analiza de manera sesgada, limitada a la literalidad única y exclusiva del enunciado normativo de que se trate.

Así, el propio artículo 1o. de la CPEUM prevé métodos hermenéuticos, específicos, para que los operadores jurídicos, sean de nivel federal o local, atiendan sus obligaciones constitucionales en torno a los derechos humanos, como lo es la interpretación conforme a la propia norma suprema y con los tratados internacionales, orientados siempre por el principio *pro persona*, e implícitamente acorde con la interpretación propia de los tratados internacionales, como compromisos que adquiere México frente a otros Estados, no para obligarse en relación a prestaciones recíprocas, *sino respecto de deberes para con las personas que se ubican dentro de éstos, en su más puro y absoluto respeto y protección a sus derechos humanos.*

Ahora bien, este contexto, que de manera breve se extrae de los primeros párrafos del artículo 1o. de nuestra Constitución, nos lleva a la necesaria labor, de realizar un análisis sistemático y armónico en cada caso concreto que se somete ante nuestro conocimiento, proporcionando todos los elementos necesarios para la solución de éstos.

Con estos elementos, nuestro sistema jurídico se va permeando de un ánimo humanista, para que quienes se encuentren a cargo de la administración e impartición de justicia respeten y tutelen en su máxima expresión los derechos humanos de las personas.

Así, frente a casos en los que se relaciona a quienes se encuentran en una condición de vulnerabilidad, el propio sistema jurídico nos lleva a acudir y considerar la protección especial que se prevé para el grupo de que se trate, aplicando la regla especial para obtener la igualdad que se requiere ante la ley, y no provocar una si-

tuación de injusticia, al dar un trato estricto e insensible de igualdad de la ley, que en realidad no lo es.

Nuestro propio sistema prevé formas de protección especial para superar los abismos que en ocasiones generan las desigualdades.

En el propio artículo 1o., de la CPEUM, en su párrafo final, se prohíbe de manera enfática *toda discriminación* motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Adicionalmente, encontramos en el artículo 2o., la protección y garantía de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas; en el artículo 4o. la igualdad del hombre y la mujer, protegiendo el desarrollo y organización familiar; la protección a través de la salud, así como la protección especial a los menores como sector de interés superior; a través del artículo 5o. y 123, la protección al trabajo, entre otras.

A nivel internacional contamos con un amplio catálogo de disposiciones específicas tratándose de grupos en condiciones de vulnerabilidad, que no solamente nos son de utilidad para la solución de los casos que se someten a nuestro conocimiento, sino de observancia obligatoria.

Así, en el ámbito del Sistema Universal de la ONU, entre otros, encontramos la Convención Sobre los Derechos del Niño, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, o la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

En el ámbito regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador, o las Convenciones para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (conocida como la Convención de Belém Do Pará) y la relativa a la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

La preocupación de la tutela y protección a grupos en condición de vulnerabilidad, tampoco ha sido ajena a los juzgadores. En la Cumbre Judicial Interamericana celebrada en marzo de 2008 se emitieron las Reglas de Brasilia, sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, inspirada en la trascendental importancia que en las sociedades latinoamericanas tiene el acceso a la justicia, entendido no sólo como acceso a los tribunales, sino también al goce pacífico y pleno de los derechos, y en especial, de los derechos fundamentales, así como a las diversas alternativas para la resolución pacífica de los conflictos.

Tal documento es de un gran valor, pues tiene como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

Este conjunto de herramientas, ante los casos que se presentan en la labor cotidiana, nos hacen ver que, aunque aparentemente las normas son neutrales, al apre-

ciar las condiciones especiales de quienes se encuentran involucrados, y la especial sensibilidad que requiere el operador jurídico, su aplicación no debe ser tan neutral, pues existe un amplio marco normativo, que plasma la exigencia de la atención y protección especial a toda aquella persona que se encuentre ante una situación de vulneración a sus derechos humanos.

Ante el nuevo paradigma que se presenta en materia de derechos humanos, y el cual es —no sólo partícipe el ámbito estatal— sino pieza fundamental, quiero compartirles algunas ideas que sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Amparo Directo 6/2012, del cual tuve el honor de ser ponente cuando formaba parte del más Alto Tribunal del país, en el que se realizó el estudio de la procedencia de la jurisdicción constitucional estatal, por lo que hace a la materia de los derechos humanos.

En dicho asunto se estableció que la materia o parámetro de la jurisdicción constitucional que ejercen los órganos jurisdiccionales locales, debe centrarse única y exclusivamente al orden jurídico propio de la entidad, que descansa en la Constitución y las normas legales del estado de que se trate, lo cual es únicamente en el ámbito de control constitucional, pues ello no excluye la obligación de realizar un control de convencionalidad *ex officio*.

Tanto los mecanismos de protección de los derechos humanos contenidos en las Constituciones locales, como el juicio de amparo que prevé la CPEUM, para la protección y tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la misma y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano, son procesos de control constitucional de naturaleza principal, o directa de la regularidad de esos ordenamientos supremos en su ámbito de validez.

Es decir, a través de dichas vías específicas y directas se ejercen acciones concretas encaminadas a demostrar la violación a alguno de los cuerpos constitucionales que corresponden a cada uno de los ámbitos tanto local, como a nivel federal.

En otras palabras, tanto el medio de control constitucional local, como el federal, implican juicios cuya finalidad es la impugnación de actos, normas y omisiones, con un efecto de anulación.

Conforme al artículo 1o. de nuestra Constitución, que prevé obligaciones en materia de derechos humanos para las autoridades, dentro de su ámbito de competencias, si ésta se actualiza para efecto de juicios de protección de derechos humanos, en relación con aquellos reconocidos por el orden jurídico estatal, las autoridades encargadas deben avocarse a lo que en su competencia corresponde, en el estricto marco de la normatividad estatal, con independencia de que los derechos fundamentales a tutelar, en lo sustantivo guarden identidad o coincidencia con lo que la CPEUM prevé, cumpliendo así con sus atribuciones constitucionales.

Sin embargo, el ejercicio de contar a nivel estatal con salas o tribunales constitucionales para efecto de la regularidad de sus normas locales, no siempre es pacífico, puede darse el supuesto en el que exista conflicto por la existencia de un derecho humano, que se encuentra en dos fuentes normativas diversas: por un lado, la CPEUM

y, por otro, la Constitución local, situación que ocurrió en el asunto en particular que les comento.

Ante ese panorama, el Alto Tribunal, a través de la Primera Sala, señaló que, en primer término, el particular debe encontrarse en aptitud de optar por acudir a uno u otro mecanismo de defensa —juicio de amparo, o mecanismo jurisdiccional estatal—, reclamando la violación a la norma del derecho humano que corresponda —CPEUM o Constitución estatal—, acorde y materia de la vía que decida ejercer.

De tal manera, si el gobernado estima violado un derecho humano, que se encuentra consignado tanto en la CPEUM, como en la Constitución local, éste puede optar por acudir al amparo en la vía indirecta, a reclamar la violación directa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; o ejercer el mecanismo de protección constitucional del Estado, a través de los medios y en los términos de las normas que rijan ese proceso constitucional local.

En el caso que les comento, se enfatiza que el particular no se encuentra obligado a acudir a la justicia constitucional local para que proceda el juicio de amparo indirecto, pues no es requisito en tal caso agotar esa instancia en virtud de que no se reclama la Constitución del estado, sino la violación directa a la CPEUM.

En segundo término, ante la decisión del particular de acudir al mecanismo jurisdiccional estatal de protección de los derechos humanos —como en casi cualquier proceso—, la resolución que recaiga, es materia de procedencia del juicio de amparo directo.

Entonces, ante la existencia de los procesos y procedimientos de protección de derechos humanos ante las jurisdicciones estatales, que encuentran un asidero en la CPEUM, y sus alcances, límites y competencias en las propias de los estados, es que prima la protección de la Justicia de la Unión, a través del juicio de amparo, a través de sus dos vías —indirecta o directa—, implicando para el particular, una justicia en materia de derechos humanos, integral y sistémica, en la que también tiene cabida y lugar la justicia local, pero sin ser ésta terminal, definitiva o inatacable.

Cabe señalar que la resolución que les comento de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se refiere al control constitucional local, ante la existencia de mecanismos directos y específicos para la protección de los derechos humanos; es decir, acciones concretas previstas en la Constitución local o en la CPEUM.

Sin embargo, también a partir de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos de 2011, así como de lo determinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al analizar las obligaciones inherentes al cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco contra México, el Alto Tribunal se vio obligado a reinterpretar el alcance del artículo 133 de nuestra Constitución.

Así, para determinar qué debía hacer el Poder Judicial Federal y específicamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se formó el expediente Varios 912/2010, en el que el Pleno del Alto Tribunal, determinó lo siguiente: Que en relación al párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Huma-

nos, y dados los alcances de esa resolución dictada por el Tribunal Pleno, todos los jueces del Estado mexicano, de conformidad con el artículo 1o. constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales que, a su juicio, consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia CPEUM y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

Que para concretar el efecto anterior, resulta necesario que un Ministro del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación solicite, con fundamento en el párrafo cuarto del artículo 197 de la Ley de Amparo, la modificación de la jurisprudencia P. /J. 74/1999 en la que se interpretó el artículo 133 de la CPEUM en el sentido de que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales no está autorizado para todos los jueces del Estado mexicano.

Que de conformidad con el párrafo 340 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y atendiendo al efecto precisado en el inciso anterior, en los casos concretos de este tipo que sean del conocimiento del Poder Judicial de la Federación, éste deberá orientar todas sus subsecuentes interpretaciones constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Que de acuerdo con los párrafos 252 y 256 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Pleno ordenó que deberá garantizarse, en todas las instancias conducentes, el acceso al expediente y la expedición de copias del mismo para las víctimas.

Se ordenó a todos los juzgados y tribunales federales del país, que en caso de que tengan bajo su conocimiento algún asunto relacionado con el tema, lo informen a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para ésta reasuma su competencia originaria o bien ejerza su facultad de atracción por tratarse de un tema de importancia y trascendencia.

Como todos ustedes saben, el artículo 133 de la CPEUM, prevé:

> Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

Curiosamente, el texto de nuestro artículo 133 es prácticamente idéntico al artículo 6o., apartado 2o., de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, no obstante, siguieron caminos distintos.

Mientras el artículo 6o., apartado 2o., en Estados Unidos, autoriza y fundamenta el control difuso que se da en esa nación, en nuestro país se sostuvo que el artículo 133, no establecía o autorizaba un control difuso de la Constitución.

Así, en la Novena Época, se emitieron dos tesis en ese sentido, y que tienen por rubros, los siguientes:

- CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.
- CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.

Es precisamente con motivo de lo determinado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el cuaderno de Varios 912/2010, que el entonces Ministro Presidente planteó la modificación de las jurisprudencias que les he comentado.

Por cuestión de turno, a tal solicitud de modificación de la jurisprudencia le correspondió el número de expediente 22/2011, y tuve el honor de analizarla y resolverla bajo mi ponencia, en ese entonces.

De tal manera que el Pleno de la Suprema Corte determinó que con motivo de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. constitucional modificados mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el diez de junio de dos mil once, debe estimarse que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales P. /J. 73/99 y P. /J. 74/99, de rubros: "CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN" y "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN".

A modo de conclusión, podemos decir que, además de la existencia de un control concentrado de la Constitución a través de vías directas previstas en la CPEUM, como lo es el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad o las controversias constitucionales, existe un control constitucional y convencional de naturaleza difusa, la cual corre a cargo de todos los jueces del país, y que es de carácter incidental, es decir, en una vía ordinaria puede, ante la preferencia de la CPEUM, que establece el artículo 133 en relación con el 1o., *inaplicar una norma de carácter legal y acudir directamente al texto de la Constitución federal.*

Como podrán apreciar, estamos ante una tarea ardua de integración del derecho, en la que confluyen tanto el sector local o estatal, el nacional, así como el transnacional, debiendo el juzgador trabajar con cada uno de los instrumentos normativos pertenecientes a cada sector, buscando su incorporación de la manera que logre optimizar el derecho en la mejor medida, atendiendo a los fines protegidos y concretando los principios que rigen en cada caso, sin generar puntos de tensión entre los sectores, es decir, interpretando y aplicando el derecho de la manera más coherente.

Se trata de una labor delicada que implica la interpretación y aplicación de las normas jurídicas nacionales e internacionales de modo armónico sorteando los posibles puntos de tensión y contradicción en ellos, dimensionando el derecho en busca del fallo que se apegue más a la justicia.

Estoy convencida que, bajo esta óptica, la sentencia que emita un juzgador, se apegará fielmente a la explicación que el gran procesalista florentino, Piero Calamandrei, daba a sus alumnos, en cuanto al Sentimiento en la Sentencia. Solía recordarles a sus discípulos, que la palabra sentencia viene de sentir, al igual que

sentimiento, y que con independencia de la etimología de ésta, es un hecho innegable que en muchas ocasiones la que es la motivación verdaderamente real y efectiva, de una sentencia no está expresada en la parte considerativa del pronunciamiento del juez, sino en los pliegues del ánimo del que juzga.

En sus propias palabras, "*la obra de arte es un pedazo de la realidad* reflejado a través de la sensibilidad de un artista; se podría decir, que, igualmente, la sentencia es un artículo de la ley filtrado a través de la *conciencia del juez*".

Así el juzgador, al aplicar la ley, debe hacerla revivir en el calor de su conciencia, pero en esta evocación de la ley que no se hace de pura lógica, el juez debe sentirse como hombre social, partícipe e intérprete de la sociedad en que vive.

Por eso, siempre he pensado que un abogado, y especialmente el que se desempeña en la judicatura, no puede renunciar a su vocación humanista. Toda acción que emprenda deberá ser expresión de esa síntesis entre la inteligencia cultivada en los libros y la voluntad firme —constante y perpetua, como decían los clásicos— de realización de la justicia.

Finalmente, de este bosquejo del panorama actual de los derechos humanos podemos concluir que, en la medida en que cada vez es más necesaria la conexión e interdependencia de los Estados, la justicia tiene que adecuar sus perspectivas más allá de lo nacional y sus intereses propios, para adoptar en sus decisiones un punto de vista universal y humanista, lo cual constituye una exigencia contemporánea para estar preparados a los desafíos del siglo XXI en cuestiones globales como la preservación del medio ambiente o el equilibrio ecológico; los desplazamientos de las poblaciones, el pluralismo democrático y el multiculturalismo; y por supuesto los problemas de las desigualdades, entre otros muchos más.

La promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, no es una tarea aislada, o únicamente a cargo del Estado, tampoco se trata de una cuestión eminentemente técnica.

Se requiere de la participación y sensibilidad de todos y cada uno de nosotros, no sólo en el sector público, sino de la sociedad en general: funcionarios, académicos, organismos no gubernamentales, grupos empresariales, asociaciones de trabajadores y sociedad civil. Tenemos una responsabilidad frente a los demás dentro del marco democrático que vivimos y al que aspiramos consolidar como país.

Es fundamental la labor de los poderes del Estado, tanto a nivel federal, como local, para la implementación de políticas públicas, legislativas y judiciales, encaminadas a un marco incluyente y plural, en el que el matiz de quienes se encuentran en condiciones desventajosas no sea contrastante, en el que no se trate de dividir, sino al contrario, se trata de que sumemos como país.

REFORMAS CONSTITUCIONALES: ENTRE EL MINIMALISMO PENAL Y LA MAXIMIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Roberto SANTACRUZ FERNÁNDEZ
David SANTACRUZ MORALES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La reforma constitucional de 2011, hacia la maximización de los derechos humanos*. III. *La reforma constitucional de 2008: hacia el minimalismo del derecho penal*. IV. *El producto de la maximización y el minimalismo*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Hacer referencia a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos resulta ya de por sí trascendental puesto que se trata del documento normativo jurídico que da estructura política y jurídica a nuestro país; más aún es hacerlo cuando estamos a cien años de distancia del momento en que un grupo de destacados pensadores mexicanos se erigieron en Poder Constituyente para lograr la promulgación de la Constitución histórica y aún vigente, toral en la evolución constitucional no sólo de México, sino del mundo.

Y es que no debe olvidarse, que nuestra carta magna es la primera en contener los denominados derechos sociales, al grado de que es el acontecimiento histórico que marca la segunda generación de los derechos humanos. Sin duda, que en su primer siglo de existencia se han llevado a cabo numerosas reformas para mantener su estatus normativo del Estado mexicano.

En este sentido manifiesta el ministro Aguilar Morales que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la ley suprema de la Unión, el eje rector de las instituciones, de las políticas públicas y de las reglas de convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad. Sus contenidos y sus principios, edificados sobre la base de las ideologías que han marcado el devenir de nuestra nación, después de

consumada la Independencia y de aquellas que detonaron la Revolución, está próxima a cumplir cien años.[1]

Es indiscutible que la sociedad se muestra dinámica y el cambio es algo propio del ser humano, por lo que las instituciones sociales creadas a su alrededor deben actualizarse constantemente, con la finalidad de hacer cumplir en todo momento la vieja premisa del derecho romano: *Jus Semper loquitur*.

En este sentido bastaría con atender al sentido positivo de la Constitución propuesto por Carl Smith: aquella debe ser entendida como los principios que trascienden a las normas jurídicas, Constitución como un conjunto de decisiones políticas fundamentales que se da en un pueblo y en una organización.[2]

Por una parte, al Constituyente original se le dotó de la voluntad soberana para establecer las decisiones políticas fundamentales y, por otra, los poderes constituidos, son los encargados de verificar el procedimiento especial para su modificación y atender las necesidades que determina el devenir histórico del hombre.

De ahí que el ilustre Ferdinand Lasalle advirtiera que la Constitución es fundamental porque se ubica en un nivel más profundo que cualquier otra ley; porque actúa y se prolonga en las leyes ordinarias, de las que es fundamento; y por ello, es lo que es y no puede aparecer de manera diferente a lo que es.[3]

En este sentido el máximo ordenamiento no debe ser exhaustivo en la descripción de los actos regulados, pero sí establecer las bases que marquen el lineamiento del contenido de las leyes ordinarias, por lo que la regulación derivada de la carta magna debe encontrarse a la vanguardia de los cambios que operan en la realidad social, por lo que, sin duda, se van a enlazar aspectos filosóficos, ideológicos y sociológicos.

La reforma constitucional adquiere una dimensión trascendental para considerar la dinámica social constante, comprenderla y establecer los parámetros que permitan su regulación y ello repercuta al bien común, sin perder de vista que las reformas deben partir del marco de un Estado democrático de derecho, cuyos principios rectores se encuentran establecidos en el texto constitucional.

De tal manera, como lo advierte Carbonell, la posibilidad de que una Constitución pueda ser reformada es una de las mejores y más acabadas expresiones de su legitimidad (es decir, de su capacidad para reclamar obediencia voluntaria para sus mandatos por parte de los sujetos a los que pretende regular): en tanto puede ser cambiada, todos deben en principio obedecerla y, en caso de discrepar de sus prescripciones, deben intentar el cambio por la vía constitucional exclusivamente (la de la reforma), sin que sea posible apelar a ningún tipo de traba jurídica como legitimación para salir del orden constitucionalmente establecido.[4]

---

[1] Prólogo del libro *El pensamiento jurídico de México en el derecho constitucional*, la Comisión Organizadora del Poder Judicial para los festejos del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015 p. IX.

[2] Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, 2011, p. 108

[3] Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es la Constitución?*, México, Hispánicas, 1989, p. 35.

[4] Carbonell, Miguel, *Constitución, Reforma constitucional y fuentes de derecho en México*, México, Porrúa, 2001, p. 218.

La reforma constitucional es dable y necesaria para poder continuar cumpliendo con su función como nuestro máximo ordenamiento jurídico-político. Las modificaciones tienen que verificarse de acuerdo con un procedimiento especial establecido en el artículo 135 constitucional, de acuerdo con el cual, para realizar adiciones o reformas a la Constitución, se requiere la aprobación de las dos terceras partes de los individuos que integran el Congreso de la Unión, así como del voto de la mayoría de las legislaturas de los estados.

En esta conmemoración del centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se hace referencia a dos reformas trascendentales para los integrantes de la población mexicana, pues involucran aspectos relacionados con la intervención en la esfera de los particulares: el procedimiento penal, la seguridad pública y los derechos humanos, situación que será expresada en términos matemáticos como la función del objetivo y la ley de los símbolos para acomodarla a la realidad jurídica, no con la premisa con la que se hacía anteriormente al pretender dar cientificidad a partir del empleo de ciencias exactas en las ciencias sociales, sino con la intención de mostrar cómo se ha beneficiado con lo que matemáticamente serían desigualdades o situaciones de optimización de los recursos

De esta manera, en la función del objetivo se trata de optimizar un problema para maximizar el beneficio y minimizar el gasto. En este sentido lo colocaríamos en la realidad constitucional de la siguiente manera: "maximizar los derechos humanos y minimizar el empleo del derecho penal, para optimizar toda intervención del Estado en los particulares.

Dentro de la Ley de los símbolos en matemáticas se establece que en una operación de una cantidad con signo positivo y otra con signo negativo el producto será negativo, de tal manera que si tenemos (-a) (+b) = -ab, el resultado en una operación matemática siempre será el mismo. Al respecto se hará alusión a dos términos que parecen distantes de las cuestiones relacionadas con los preceptos constitucionales: maximización y minimalismo. El primero de los términos puede tener diversos significados de acuerdo con el contexto en el que sea citado, pero para los fines del presente trabajo es empleado para establecer el incremento de algo hasta alcanzar su máxima función, por lo tanto, se le puede asignar el signo positivo (+). En tanto que con minimalismo se hace alusión a la disminución de algo, por lo que se le asigna un signo negativo (-).

De tal forma que atendiendo a la teoría de los símbolos en matemáticas, como se ha manifestado: el producto de (x) (-y) es igual a -xy, es decir el producto es de símbolo negativo. Sin embargo, si trasladamos tal situación al orden social y el jurídico no siempre resulta de esta manera, puesto que, como sucede entre el derecho penal y los derechos humanos, los menos y los más pueden dar un resultado positivo.

Expresado en términos matemáticos podemos encontrar las dos reglas siguientes:

- Regla matemática: (a)(-b) = -ab
- Realidad constitucional: (ddhh) (-dp) = bs

En la realidad constitucional se debe leer de la forma siguiente: la maximización de los derechos humanos multiplicado por el minimalismo penal es igual al beneficio social.

Los acotamientos y el objetivo del trabajo parten de las torales reformas constitucionales de 2008 (denominada de justicia penal y seguridad pública) y la de 2011 (relativa a los derechos humanos), que posibilitan establecer tales parámetros ubicados en la maximización y el minimalismo.

En efecto, como se sabe con la reforma constitucional de 2011 en torno a los derechos humanos, se ha manifestado que está operando una maximización de aquellos. Los aspectos que destacan en esa maximización de los derechos humanos son:

- Se hace el cambio de nomenclatura en el Capítulo I del Título I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos quedando en la actualidad como "de los Derechos Humanos y de las Garantías". Tal aspecto es trascendente, puesto que se hace referencia a los derechos fundamentales y los aspectos de derecho objetivo que los hacen efectivos.
- El control convencional se establece en el artículo 1, que rebasa por mucho al control difuso que se considera en el artículo 133, ambos preceptos de la Constitución Política.
- Es trascendental que se consigna explícitamente que se han de proteger los derechos humanos considerados en la Constitución Política y en todos los tratados internacionales.
- Los derechos humanos se encuentran como punto central de la actuación de las autoridades.
- Por lo tanto, es de primer orden promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.
- Se establece la interpretación de principio *pro persona*.

Incluso, en la actualidad se discute doctrinalmente la existencia del bloque de constitucionalidad, entendido en términos de los derechos humanos, con ello se contribuye a lo que hoy se conoce como la maximización de los derechos humanos.

Por otra parte, la denominada reforma constitucional de justicia penal y seguridad penal, es una de las más trascendentes en este centenario que celebra la carta magna, puesto que se verifica un cambio dentro del procedimiento penal que se desarrollará conforme al sistema acusatorio; un sistema que se encuentra caracterizado dentro del Garantismo penal, que tiene como fin primordial el empleo del derecho penal mínimo y su aplicación sobre la base del respeto de los derechos humanos.

Dentro de los puntos que integran el minimalismo penal y que se pueden ver proyectados en la reforma de justicia penal y seguridad pública destacan los siguientes:

- Implementación del sistema acusatorio.
- Mecanismos de justicia restaurativa.
- Incorporación explícita del principio de presunción de inocencia y, como consecuencia, límites a la prisión preventiva.

- Reformas al sistema penitenciario.
- Consolidación del Sistema Integral de Justicia para adolescentes.
- Régimen especial para la delincuencia organizada.

De esta forma, entre la maximización de los derechos humanos y el minimalismo penal se esperan beneficios para los integrantes de la población, pero surgen cuestionamientos como: ¿cómo se relacionan las reformas constitucionales de 2008 y de 2010?, ¿cuál es la situación benéfica de las reformas en la esfera de los integrantes de la población?, ¿cómo se puede optimizar la intervención penal en los integrantes de la población?

II. La reforma constitucional de 2011, hacia la maximización de los derechos humanos

El tema de los derechos humanos es uno de los más trascendentes entre los integrantes de la población en México, todos aducen el respeto de ellos, aun cuando no conozcan cuáles son y qué alcances tiene cada uno. Por ello, existen ocasiones en que se presenta una violación de los derechos humanos y el individuo ni siquiera se percata de ello. Pero, ¿qué es un derecho humano?

Es importante partir de tal cuestionamiento, porque aunque se dé por descontado existen integrantes de la población que no podrían definirlo y mucho menos hacer referencia a su contenido.

Para la Unesco los derechos humanos son los valores que señalan lo que es natural y justo y que exigen aquellas conductas de vida, sin las cuales, en cualquier fase histórica dada en una sociedad, los hombres no pueden dar de sí lo mejor que hay en ellos como miembros activos de la comunidad, porque se ven privados de los medios para realizarse plenamente como seres humanos.[5]

De acuerdo con Quintana y Sabido se entiende por derechos humanos el conjunto de atributos propios de todos los seres humanos que salvaguardan su existencia, su dignidad y sus potencialidades por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, que deben ser integrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, para evitar que el poder público y la sociedad los vulneren o violenten, por tener la calidad de derechos fundamentales.[6] Como se desprende de las definiciones anotadas los derechos humanos:

- Son todas aquellas libertades e intereses que son indispensables para alcanzar todas sus aspiraciones en el orden individual y colectivo.
- El ser humano es titular de ellos, simplemente por tener tal calidad.
- Tienen como fundamento la dignidad humana.

---

[5] Sánchez Bringas, Enrique, *op. cit.*, p. 629.

[6] Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma, *Derechos humanos*, México, Porrúa, 2006, p. 21.

Ahora bien, en realidad, aun cuando los derechos humanos no son otorgados por algún ordenamiento jurídico de derecho positivo, sí es necesario que éste proteja a los derechos humanos y por ello existen las denominadas garantías constitucionales.

De acuerdo con Luis Díaz Müller la garantía constitucional es el instrumento legal que sirve para la protección de los derechos humanos en los ordenamientos de derecho positivo.[7]

Es relevante hacer referencia a estos dos términos puesto que aunque se relacionan no tienen el mismo significado, y ambos son considerados por nuestra norma constitucional. Los derechos humanos son libertades inherentes a la naturaleza humana, es decir, el individuo posee la titularidad de aquellos simplemente por tener la condición de ser humano, mientras que con las garantías constitucionales aquellos se hace efectivos mediante la protección que se incorpora a los ordenamientos jurídicos.

Antes de la reforma constitucional de 2011 el Capítulo I del Título Primero se denominaba: "De las Garantías Individuales", en la actualidad el referido capítulo se titula: "De los Derechos Humanos y sus garantías". Tal situación no corresponde a un simple cambio de nomenclatura sino que se trata de una reconstrucción conceptual dirigida a la modificación del marco social y jurídico de los derechos humanos.

Es trascendental que se haya conservado el término de garantías, puesto que con ellas se hace referencia a los mecanismos formales de protección de los derechos humanos, y constituyen un dique al ejercicio del poder estatal.[8]

En este sentido, se elimina el limitativo término de garantías individuales, como se consideraba anteriormente, puesto que no se protegen en forma exclusiva los derechos humanos de esta índole.

En esta línea extensiva de la reforma constitucional en torno a los derechos fundamentales se incorporan dos figuras que serán trascendentales tanto en la interpretación como al asegurar la protección de los derechos humanos: el principio *pro persona* y el control de convencionalidad.

El principio *pro persona* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.[9]

Se trata de un principio significante puesto que ya se dirige a la interpretación extensiva o restrictiva, tomando como punto de partida el mayor beneficio para la

---

[7] Díaz Müller, Luis, *Manual de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, p. 45.

[8] Ferrer Mc Gregor Poisot, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, UNAM-SCJN-Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 5.

[9] Gómez Hernández, Juan, "Los principios hermenéuticos y de observancia de los derechos humanos", en González Chávez, Héctor (coord.), *Derechos humanos, reforma constitucional y globalización*, Fontamara, México, 2014, p. 158.

persona. Con tal principio no se trata de vulnerar o limitar el ejercicio de la autoridad jurisdiccional o administrativa, sino que implica que ésta pueda ser garante de los mismos. Lo que inmediatamente nos conduce hacia la otra figura a la que se ha aludido: el control de convencionalidad.

De acuerdo con Ferrer McGregor el control de convencionalidad consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse (por toda autoridad jurisdiccional) entre las normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos humanos.[10]

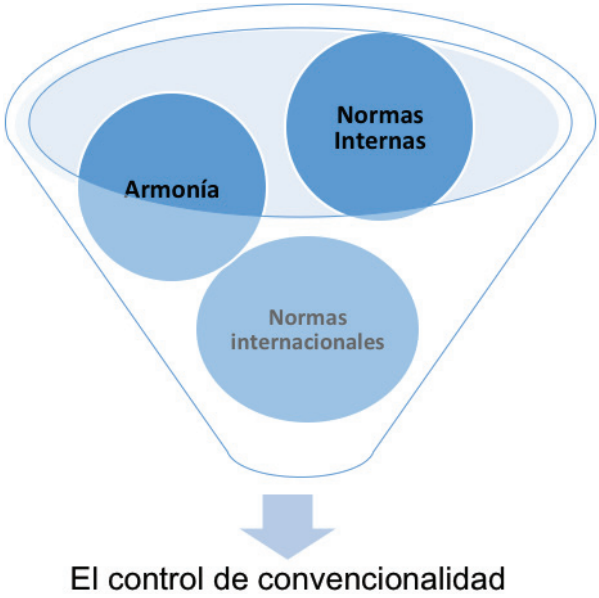
La importancia del control de convencionalidad radica en la obligación de las autoridades de constatar que cualquier ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado se ajuste a los referidos ordenamientos en derechos humanos. Se trata de llevar a la máxima expresión la protección formal de los derechos fundamentales, tal como lo dispone el párrafo segundo del artículo 1o. constitucional: "…Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

Esquema 1
Principio *Pro persona*

Fuente: elaboración propia.

[10] Almanza Vega, Rigoberto Delfino, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y los nuevos paradigmas del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2015, p. 21.

ESQUEMA 2
El control de convencionalidad



FUENTE: elaboración propia.

De esta manera, se observa que el precepto constitucional que se comenta establece el control de convencionalidad, en atención a la aplicación e interpretación de los derechos humanos conforme a la armonización de las normas internas y las internacionales.

No se debe confundir el control de constitucionalidad con el de convencionalidad, puesto que el primero puede llevarse a cabo por un órgano exclusivo, generalmente denominado Tribunal Constitucional. El denominado control difuso es realizado por los jueces del orden común en respeto de la supremacía constitucional, precisamente este último es el que se encuentra considerado en el artículo 133 de nuestra Constitución.

Con tales figuras incorporadas con la reforma constitucional de 2011 se comienza a hacer alusión al bloque de constitucionalidad. Pero, ¿en qué consiste el bloque de constitucionalidad?

Es importante establecer el origen francés de la figura del bloque de constitucionalidad, mediante el cual se hace referencia a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

La doctrina francesa inmediatamente la empleó para describir a este nuevo conjunto normativo integrado por el texto constitucional y las normas, de composición claramente heterogénea, mencionadas en el preámbulo de la Constitución de 1958. El Consejo Constitucional se refiere a este conjunto normativo, principios y reglas

de valor constitucional, como la Cuestión Prioritaria de Constitucionalidad (QPC, por sus siglas en francés).[11]

El bloque de constitucionalidad puede conceptualizarse como una categoría jurídica, surgida en el derecho constitucional comparado, que se refiere al conjunto de normas que gozan jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país y que, por ello, constituyen el parámetro de control de validez del resto de los enunciados normativos, pese a que no necesariamente aparezcan expresamente en la carta fundamental, siempre y cuando sea ésta la que remita a aquéllas.[12]

En este sentido el bloque de constitucionalidad se integra por todas las normas que tienen la categoría constitucional dentro de un ordenamiento jurídico; es decir, la característica es el rango de la fuente que conforma aquél y que proyectan supremacía y directriz de todo el sistema jurídico y político. En la actualidad, dentro de los países latinoamericanos el bloque de constitucionalidad ha adquirido una connotación diferente.

En Latinoamérica el bloque de constitucionalidad ha adquirido una connotación *sui generis*, en un intento de establecer legitimidad constitucional al respeto irrestricto de los derechos humanos reconocidos y garantizados por la comunidad internacional.[13] Es decir, la pretensión es armonizar las normas internas y las internacionales para garantizar la protección de los derechos humanos, por lo que el matiz es diferente al originalmente planteado en el derecho constitucional comparado.

En este sentido, el bloque de constitucionalidad representa la unidad inescindible y permanente de derechos fundamentales de fuente constitucional e internacional reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano, caracterizados por estar elevados al máximo rango normativo y, como consecuencia, compartir el mismo valor constitucional, sin que ninguno de ellos tenga una preeminencia formal sobre los otros.[14]

Tal situación ha generado diversas opiniones, incluso en cuanto a la denominación de la figura que represente esta nueva dimensión de los derechos humanos: bloque de derechos, bloque de validez, bloque de regularidad, conjunto de derechos humanos, conjunto de normas *pro persona*, masa de derechos, gama de derechos, parámetro de igual jerarquía, parámetro de control de regularidad constitucional. Sin embargo, independientemente del término que se le quiera asignar, lo verdaderamente relevante es que se cumpla con la finalidad de la reforma constitucional de brindar una mayor protección a los derechos humanos.

Lo trascendente es concretar el reconocimiento de un sistema de jerarquía en torno a las fuentes relativas a la protección de los derechos humanos y que se debe vincular a los contenidos sustanciales para asegurar su ejercicio eficaz.

---

[11] Guerrero Zazueta, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México?*, México, CNDH, 2015, p. 21.

[12] *Ibidem*, p. 50.

[13] *Idem*.

[14] Astudillo, César, "El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en *Libro Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2015, p. 121.

De acuerdo con Romero Apis, dentro de la reforma constitucional de 2011 se llevó a cabo la profusión garantista de la Constitución mexicana que la hace el orden constitucional con mayor amplitud de las garantías expresamente consagradas en el texto supremo. Se trata de 85 garantías contenidas en una docena de artículos, lo que hace que ninguna otra Constitución contenga un catálogo más amplio de garantías.[15]

Esta profusión garantista es a lo que se ha denominado como maximización de los derechos humanos, tanto por el incremento del catálogo como la ampliación de la protección de los mismos, no sólo observando normas internas sino los tratados internacionales relativos a ellos.

La maximización significa que las personas tienen facultad plena para ejercer los derechos humanos, sin más limitaciones que lo establecido en la Constitución Política.[16]

De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española* una de las acepciones de maximización es la de buscar el máximo de la función de algo y, en el caso de los derechos humanos, es en cuanto a la ampliación del catálogo y las formas de hacerlos efectivos mediante la protección a nivel nacional e internacional.

Con ello, se hace énfasis en el fundamento de los derechos humanos: la dignidad humana y sólo partiendo de esta idea se retoma el papel preponderante de la persona en la sociedad, al proteger las libertades fundamentales para alcanzar sus aspiraciones en el orden individual y colectivo.

Definitivamente, a partir de 2011, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece un nuevo y trascendente panorama en torno a la función de los derechos humanos, puesto que no es un simple cambio de nomenclatura del Capítulo I, del Título Primero, que hoy se denomina "De los Derechos Humanos y sus Garantías", se trata de todo el fundamento jurídico constitucional que determina la maximización de los derechos fundamentales.

Esta profusión garantista de la carta magna tiene repercusiones en los ámbitos jurídico y político en todo el territorio nacional e impacta estructuras que se encontraban ya anquilosadas, todo ello en beneficio de los integrantes de la sociedad.

La expansión de los derechos fundamentales es un aspecto toral dentro del Estado de derecho, puesto que, junto con los principios rectores que orientan la actividad de aquel, van a conformar la ideología del Estado que va a ser determinante en el contenido de algunas instituciones como la política criminológica. Precisamente, la nueva estructura de los derechos humanos en México tiene una estrecha relación con otra de las reformas fundamentales en la Constitución Política: la denominada reforma de justicia penal y seguridad pública.

---

[15] Romero Apis, José Elías, *20 teoremas constitucionales sobre la reforma penal*, México, Porrúa, 2014, p. 21.

[16] Ramírez Patiño, Eduardo, *La maximización de los derechos*, en *http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/15/cnt/cnt7.pdf*, p. 106.

III. La reforma constitucional de 2008: hacia el minimalismo del derecho penal

Otra de las reformas trascendentales a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la que ha tenido lugar en 2008, puesto que con ella opera uno de los cambios estructurales de mayor impacto en el ámbito penal, que se caracterizaba por su estado crítico y por la necesidad de modernizar alguna de las instituciones.

Como advierte García Silva, la evidencia empírica y teórica ha demostrado que la crisis de nuestro sistema de justicia penal y de la política criminal en México data de por lo menos 40 años, proceso que se aceleró a principios de este nuevo siglo y milenio. Vivimos una inflación legislativa del derecho penal que es empleado como *prima ratio* y como mecanismo de contención social, desvirtuando su función.[17]

Efectivamente, el ámbito penal se encontraba anquilosado, con un derecho penal que cobra características cada vez más severas, más propio de un modelo represor, distinto al que debe prevalecer en un Estado de derecho, un procedimiento penal que se alejaba de los parámetros establecidos por la norma constitucional, un sistema penitenciario que no cumplía con la función de reintegrar al sujeto al ámbito social, en donde incluso no se tiene clara la diferencia entre readaptación y reinserción social, dejando al *ius puniendi* características de un desfasado derecho de castigar.

En este sentido René González de la Vega ya planteaba que el constitucionalismo en el mundo moderno avanza a pasos agigantados, en busca de un Estado constitucional y un derecho dúctil que lo relacione con la sociología y la praxis política más evidente. El penalismo no puede, bajo riesgo de desdibujarse y extraviarse en las nuevas rutas del milenio, rezagarse a estas novísimas concepciones de los tratadistas más conspicuos de la vieja y muy civilizada Europa. El derecho penal debe acompañar a estas concepciones modernas y dejar atrás su filiación represora, para ubicarse, buscando verdadera raigambre y hogar, en el constitucionalismo.[18]

El derecho penal no puede ampararse más en la vieja concepción de una proyección de castigar que ha sido superada por los principios propios de un Estado de derecho y en donde ha destacado el modelo garantista derivado del pensamiento de Luigi Ferrajoli.

En términos generales se puede decir que con el Garantismo se hace referencia al modelo de derecho orientado a garantizar derechos subjetivos.[19] El derecho penal, dentro de un Estado de derecho, asume las características derivadas del Garantismo penal.

En el ámbito penal es donde el Garantismo se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición, primero, a los contundentes legados de la legislación fascista y, después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia

---

[17] García Silva, Gerardo, *El nuevo Sistema de Justicia Penal. Fundamentos, alcances y perspectivas*, México, Porrúa, 2010, p. 1.

[18] González de la Vega, René, *Ciencia jurídico penal*, México, Inacipe, 2003 pp. 20 y 21.

[19] Ferrajoli, Luigi, *Garantismo penal*, México, UNAM, 2006, p. 10.

que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías al arbitrio de lo punitivo.[20]

El Garantismo penal se aproxima a la idea de un *ius puniendi* limitado por los derechos fundamentales, es decir, no un *ius puniendi* anquilosado, sino la expresión de facultades asignadas en los diferentes niveles de la reacción jurídico-penal para elaborar normas penales generales y abstractas, aplicarlas y ejecutarlas, pero siempre teniendo como límite a la invasión de la esfera de los particulares por las autoridades el respeto de los derechos humanos.

Uno de los primeros límites al *ius puniendi* es la idea del derecho penal mínimo que implica que éste se convierta en el último recurso al que se debe dirigir la autoridad para resolver el problema de la delincuencia. Esto implica una reducción de la violencia institucional que se manifiesta a través de la intervención punitiva, que cada vez se vuelve más cruenta, con la idea que así se verificará la disminución del delito. En este sentido, no se hace referencia a la abolición del derecho penal, puesto que es claro que éste permite reducir o minimizar la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad: no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia frente a los delitos.[21]

Con la idea del derecho penal mínimo se tiene por objetivo no sólo la prevención y minimización de los delitos, también se busca la prevención de las reacciones informales y la minimización de las penas. Lo que se pretende con la idea del derecho penal como *extrema ratio* es lograr su eficacia y eficiencia, que se debe proyectar en la prevención del delito.

En este sentido, Muñoz Conde manifiesta que el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiere decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes.[22]

Esto significa que el derecho penal no es la panacea para todo el problema suscitado por la conducta antisocial del ser humano, algunas deberán ser abordadas por otras ramas del derecho o de acuerdo con políticas públicas de prevención.

Otro de los puntos importantes del Garantismo penal es el relativo al nexo entre garantías y legitimación, tanto interna como jurídica, del poder judicial.[23] Tal situación se verifica cuando la legitimación del procedimiento penal se dirige a la comprobación imparcial de la verdad. En este marco garantista tiene lugar la implementación del Sistema Acusatorio en el procedimiento penal, una de las reformas constitucionales que mayor impacto ha tenido en México. Un cambio que trasciende en lo legislativo y en la infraestructura.

Una de las principales repercusiones tuvo lugar en el ámbito legislativo con la creación del Código Nacional de Procedimientos Penales, es decir, se ha unificado la normatividad procesal penal en nuestro país. Tal medida era necesaria para hacer

---

20 *Idem*.

21 *Ibidem*, p. 12.

22 Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Argentina, B de F, 2001, p. 107.

23 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 14.

coincidir los criterios en la aplicación de las directrices constitucionales del Sistema Acusatorio.

Como lo menciona Moreno Sánchez, hasta antes de la publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales, varios estados crearon sus leyes penales adjetivas, en las cuales se aprecian las más diversas lecturas e interpretaciones sobre las directrices constitucionales del proceso penal acusatorio, muchas de ellas inspiradas en *sui generis* ejercicios de derecho comparado, tanto al exterior, como al propio ámbito nacional.[24]

De acuerdo con el apartado C de la fracción XXI del artículo 73 constitucional, estableció como facultad exclusiva del Congreso de la Unión legislar en los rubros siguientes: procedimiento penal, mecanismos alternativos de solución de controversias, ejecución de penas y justicia penal para adolescentes. Como consecuencia de ello hoy se cuenta con las siguientes leyes de aplicación tanto en el fuero común como en el orden federal:

- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Ley Nacional de Ejecución Penal.
- Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

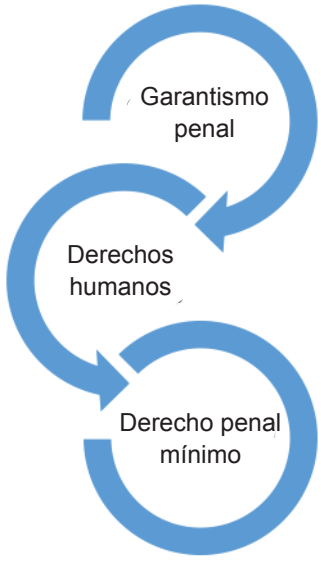
Los cambios en el sistema penal mexicano son torales, puesto que se encuentra un derecho penal, un procedimiento y ejecución penal, así como un sistema de justicia penal para adolescentes en el marco de un Garantismo penal, que implica una proyección hacia la protección de los derechos de quienes se ven involucrados en la comisión de un delito, pero con el objetivo que deriva del modelo garantista: la eficacia y eficiencia del sistema penal, mediante su aplicación extrema y la reducción de la violencia institucional.

El minimalismo penal se manifiesta preponderantemente a través del sistema acusatorio penal, con principios como el de presunción de inocencia o la justicia alternativa, así como la jurisdiccionalización de las penas, la implementación de la justicia alternativa y el sistema integral de justicia penal de adolescentes basado en el principio del interés superior del menor.

La idea del minimalismo entraña la pretensión de dirigirse hacia lo esencial, a la idea de reducción y, en este sentido, llevar al derecho penal en su consideración de *ultima ratio* y de reducción de la violencia institucional, todo en respeto de los derechos humanos de las personas que se ven involucradas en la comisión de un delito, dirigiéndose así a la estricta finalidad de beneficiar a los integrantes de la sociedad.

[24] Moreno Sánchez, Juan, "El neogarantismo del Código Nacional de Procedimientos Penales", en Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros, Alonso Miguel (coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales,* México, UBIJUS, 2015, pp. 106 y 107.

ESQUEMA 3
Garantismo penal



FUENTE: elaboración propia.

IV. EL PRODUCTO DE LA MAXIMIZACIÓN Y EL MINIMALISMO

¿Cuál es el producto de la maximización de los derechos humanos y el minimalismo del derecho penal?

El producto de la maximización de los derechos humanos y el minimalismo penal se traduce en beneficio de la sociedad. Como manifiesta Ferrajoli, el Garantismo es la otra cara del constitucionalismo y designa las técnicas a través de las cuales se puede lograr el máximo de efectividad de implementación de este gran edificio constitucional que el sistema de derechos fundamentales representa desde diferentes dimensiones de la democracia.[25]

Al hacer alusión a la democracia constitucional se refiere a un sistema de instituciones cuyas dimensiones abarcan a diversos derechos fundamentales. Dentro de esas instituciones se encuentra el derecho penal, en donde el Garantismo se traduce en el derecho penal mínimo capaz de minimizar la violencia tanto de los delitos, como la que se provoca con la reacción contra ellos.

Una de las principales expresiones del Garantismo penal se ha dado con la implementación del Sistema Acusatorio, que de acuerdo con el artículo 20 constitucional además de ser oral se rige por los principios de publicidad, contradicción, con-

[25] Ferrajoli, Luigi, *Garantismo y derecho penal*, México, UBIJUS, 2010, p. 19.

centración, continuidad e inmediación, lo que implica que los derechos humanos se constituyen como eje del procedimiento penal.

Así, los derechos humanos se van a erigir como el límite del *ius puniendi*. Al respecto Daniel Pastor manifiesta que en el Estado de derecho y en el ámbito penal de los derechos fundamentales la función de protección constitucional está referida únicamente al individuo enfrentado a la violencia pública y caracterizada como control negativo.[26]

En esta intervención que se realiza en la persona imputada en la comisión de un delito, también merece protección, de rango constitucional, la víctima de los delitos y así se proyecta en el apartado C del artículo 20 constitucional.

Uno de los primeros productos de la maximización y el minimalismo se puede observar en el objeto planteado en el artículo 2 del Código Nacional de Procedimientos Penales: esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño. Todo ello en un marco de respeto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política y los tratados internacionales de los que México sea parte.

De lo anterior se desprende, entre otros aspectos, la implementación del principio de presunción de inocencia, pero también la protección de los derechos de la víctima, con lo que se establece la paridad entre las partes que intervienen en el procedimiento penal y cuyos derechos alcanzan protección constitucional en el artículo 20, en el apartado B que considera los derechos del imputado y el C, que ya se había mencionado, y que considera los derechos de la víctima.

Otro de los aspectos donde se proyecta la maximización de los derechos humanos y el minimalismo penal es la denominada justicia restaurativa que implica una serie de mecanismos alternativos para la solución de conflictos.

De acuerdo con Huertas Pishas, el principio básico de la justicia restaurativa es recuperar el balance entre la víctima, el infractor y la comunidad en el proceso, con el fin de no desatender la necesidad de reparación de la víctima, la rectificación de la conducta delictiva y la prevención de su repetición.[27]

Se cuenta ya con una Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, que en el artículo 1o., establece la finalidad de los mecanismos alternativos: propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querella referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.

Con la justicia restaurativa se pretende una solución alternativa a la justicia penal para la solución de controversias, lo que indica la intención de un empleo extremo del derecho penal, pero con un respeto irrestricto de los derechos humanos de la víctima y del imputado, con el objetivo de reintegrar a éstos a la comunidad y lograr la recomposición del tejido social.

---

[26] Quintero, María Eloísa, *Sistema de derechos humanos y sistema penal*, México, Inacipe, 2014, p. 16.

[27] Huerta Pishas, Elías, "Justicia alternativa y Código Nacional de Procedimiento Penales", en *Comentarios al Código Nacional*…, *cit.*, p. 180.

Existen opiniones en torno a que la justicia restaurativa provoca impunidad, pero en realidad es un excelente medio para buscar alternativas a la justicia penal, lograr descongestionar los sistemas penitenciarios y proyectar la importancia de la recomposición pacífica de las relaciones sociales.

La maximización de los derechos humanos y el minimalismo penal se proyecta en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, puesto que con la publicación de la nueva ley nacional se da cumplimiento a lo que ya establecía el artículo 18 constitucional en sus párrafos quinto y sexto, relativos al fundamento del Sistema Integral de Justicia y a la cuestión de las medidas privativas de libertad.

En cuanto al fundamento del Sistema de Justicia Integral para adolescentes se hace referencia al principio del interés superior del menor, que se encuentra protegido en la Constitución Política (artículo 4o.) y en la Convención sobre los Derechos del Niño, y se refiere a la plena satisfacción de todos los derechos, el desarrollo de la personalidad y el respeto de la dignidad de los menores. Tal situación se debe proyectar en una protección integral del menor con base en elementos que no deben ser meramente jurídicos, sino que respondan al desarrollo adecuado del menor en el aspecto individual y en el proceso de socialización.

Por otra parte, antes de la vigencia de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para adolescentes cada entidad federativa tenía su propia legislación en torno a los menores en conflicto con la ley penal, lo que traía como consecuencia que no hubiera un criterio uniforme de la materia, pero sobre todo una transgresión de lo establecido en el artículo 18 constitucional, sexto párrafo, donde se determina que el internamiento deberá ser como medida extrema y durante el menor tiempo posible. Había leyes como la del sistema de justicia para adolescentes del estado de Aguascalientes que determinaba medidas privativas de libertad desde 10 hasta 20 años, lo que no es congruente con el menor tiempo posible exigido por el referido precepto constitucional.

En la actualidad, la Ley nacional en torno a adolescentes sí cumple con lo preceptuado en el artículo 18 constitucional, puesto que una medida privativa de libertad puede alcanzar hasta cinco años, situación que es acorde al Garantismo penal que se deriva de la Constitución Política. También en el sistema de justicia para adolescentes se tiene como expresión del minimalismo penal la denominada justicia restaurativa como el conjunto de mecanismos alternos a la justicia penal.

Con las anteriores consideraciones, aunque breves y específicas, se ha tratado de presentar algunos aspectos que caracterizan la maximización de los derechos humanos y el minimalismo penal, aspectos enlazados con la finalidad de lograr el mayor beneficio en los integrantes de la sociedad.

Con los puntos anteriormente analizados se pueden establecer las siguientes conclusiones.

Las reformas constitucionales de 2008 y 2011 se relacionan en forma estrecha y dan posibilidad de hacer referencia a un derecho constitucional moderno, de donde derivan los lineamientos que debe asumir el sistema penal y que, de acuerdo con las mencionadas reformas, se adscribe a un modelo de Garantismo penal.

La reforma constitucional de 2011 implica una maximización de los derechos humanos, tanto en la ampliación de su catálogo como en su ejercicio y protección, al considerarse no solamente normas de derecho interno sino también aquellas de carácter internacional, enfatizando aspectos como el principio *pro persona,* el control de convencionalidad y el denominado bloque de constitucionalidad.

La reforma constitucional de 2008 trae consigo un cambio de paradigma en el procedimiento penal al dar paso al Sistema Acusatorio, el cual deriva del Garantismo penal y que ha proyectado la unificación del Código procesal y la implementación de la justicia alternativa, cuyos mecanismos tienen el objetivo del mínimo empleo de la justicia penal.

Tales reformas han tenido impacto en la unificación de la ley en torno al sistema integral de justicia penal para adolescentes, lo que refleja el minimalismo penal al considerar como *extrema ratio* la medida de internamiento y durante el menor tiempo posible, así como el respeto de los derechos humanos, cuyo énfasis se presenta al erigir al principio del interés superior del menor como base del sistema de justicia penal para adolescentes.

Los anteriores puntos permiten establecer que la fórmula planteada en la introducción (ddhh) (-dp) = bs, es decir maximización de derechos humanos y minimalismo penal se traduce en beneficio de la sociedad. O, en todo caso, con base en la función del objetivo, de acuerdo con la cual la realidad constitucional se expresa así: "maximizar los derechos humanos y minimizar el empleo del derecho penal, para optimizar toda intervención del Estado en los particulares".

Ambas situaciones reflejan la necesidad de que todas las instituciones funcionen sobre el fundamento del respeto a los derechos humanos, que son aquellos que posibilitan a los integrantes de la sociedad a alcanzar sus aspiraciones en el orden individual y colectivo.

También es prudente establecer que se ha iniciado el camino hacia el Garantismo penal propio de un Estado de derecho, pero aún resta trabajo por hacer, puesto que quedan ciertos resabios del denominado derecho penal del enemigo como es el régimen especial a los integrantes de la delincuencia organizada y la severidad punitiva que se encuentra en los códigos penales y otras leyes referentes a los tipos penales, en donde la pena privativa de libertad puede alcanzar hasta 140 años de prisión.

Sin embargo, este camino marcado por las reformas constitucionales de 2008 y 2011 son dignas de una centenaria Constitución Política que trata de responder a las necesidades actuales de una sociedad en evolución y al respeto irrestricto de los derechos humanos por parte de las autoridades estatales, cuya actuación debe ser en beneficio de los integrantes de la sociedad.

V. Bibliografía

Almanza Vega, Rigoberto Delfino, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y los nuevos paradigmas del juicio de amparo,* México, Porrúa, 2015.

ASTUDILLO, César, "El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en *Libro Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2015.

CARBONELL, Miguel, *Constitución. Reforma constitucional y fuentes de derecho en México*, México, Porrúa, 2001.

COMISIÓN ORGANIZADORA DEL PODER JUDICIAL PARA LOS FESTEJOS DEL CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *El pensamiento jurídico de México en el derecho constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.

CHÁVEZ, Héctor (coord.), *Derechos humanos, reforma constitucional y globalización*, México, Fontamara, 2014.

DÍAZ MÜLLER, Luis, *Manual de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo y derecho penal*, México, Ubijus, 2010.

———, *Garantismo penal*, México, UNAM, 2006.

FERRER MCGREGOR POISOT, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, UNAM-SCJN-Konrad Adenauer Stiftung, 2013.

GARCÍA SILVA, Gerardo, *El nuevo Sistema de Justicia Penal. Fundamentos, alcances y perspectivas*, México, Porrúa, 2010.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *Ciencia jurídico penal*, México, Inacipe, 2003.

GUERRERO ZAZUETA, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México?*, México, CNDH, 2015.

LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es la Constitución?*, México, Hispánicas, 1989.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés y ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales,* México, Ubijus, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Argentina, B de F, 2001.

QUINTANA ROLDÁN, Carlos F. y SABIDO PENICHE, Norma, *Derechos humanos*, México, Porrúa, 2006.

QUINTERO, María Eloísa, *Sistema de derechos humanos y sistema penal*, México, Inacipe, 2014.

RAMÍREZ PATIÑO, Eduardo, *La maximización de los derechos*, en: *http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/15/cnt/cnt7.pdf*.

ROMERO APIS, José Elías, *20 teoremas constitucionales sobre la reforma penal*, México, Porrúa, 2014.

SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, 2011.

LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Ulises SCHMILL ORDÓÑEZ

SUMARIO: I. *El concepto del Estado y su origen histórico*. II. *El concepto sociológico del Estado*. III. *Transición del concepto sociológico al jurídico del Estado*. IV. *Teoría de la identidad del derecho y el Estado*. V. *Los elementos del Estado comprendidos jurídicamente*. VI. *La revolución kelseniana*. VII. *El destinatario de las normas jurídicas*. VIII. *Formación conceptual del concepto de la Constitución*. IX. *Unidad de una pluralidad de órdenes normativos*. X. *El orden constitucional*. XI. *La función esencial de la Constitución*. XII. *Función y operancia de la Constitución como norma positiva*. XIII. *Bibliografía*.

I. EL CONCEPTO DEL ESTADO Y SU ORIGEN HISTÓRICO

Este ensayo tiene por objeto la construcción del concepto de la Constitución de un Estado con base en los rendimientos de la teoría general del derecho, tal como se ha formado en la jurisprudencia analítica inglesa de Thomas Hobbes, Jeremías Bentham y John Austin, conjuntamente con la formulación por el jefe de la Escuela de Viena de la Jurisprudencia, Hans Kelsen, con sus antecedentes doctrinales de Georg Jellinek y Max Weber. Además, refuta incidentalmente las tesis iusnaturalistas implícitas en las descripciones del "Estado constitucional de derecho". Se ofrece adicionalmente una teoría del Estado federal y se analiza el problema de la regularidad de los procesos y contenidos sustanciales establecidos en la Constitución.

Es un fenómeno digno de ser observado la manera como la teoría capta y transforma los hechos históricos en modelos manejables de manera económica intelectualmente, de forma tal que de los modelos que construye, con la variación y manejo de sus elementos, puede deducir de manera puramente abstracta otros elementos, cuya validez empírica puede comprobar. Se trata de una labor constructiva, tanto del modelo principal como de los fenómenos obtenidos por la variación y manejo de sus elementos.

Uno de los problemas a los que debe enfrentarse la teoría del derecho político es el de establecer el concepto específico del Estado moderno. Georg Jellinek dice que el concepto con el cual la teoría del mismo identifica al Estado es el concepto de la soberanía. Este concepto lo considera un *concepto polémico* y, en su excelente libro, rastrea su origen histórico. Dice:

> El Estado moderno se diferencia radicalmente del antiguo en que se ha encontrado combatido desde sus comienzos por diferentes lados, y de esta suerte ha necesitado afirmar su existencia mediante fuertes luchas. Tres poderes ha combatido su sustantividad en el curso de la Edad Media: primero la Iglesia, que quiso poner al Estado a su servicio; inmediatamente después el imperio romano, que no quiso conceder a los Estados particulares más valor que el de provincias; finalmente, los grandes señores y corporaciones, que se sentían poderes independientes del y en frente de él.[1]

Por ello, es rigurosamente exacto afirmar que el Estado moderno es el producto de un proceso histórico muy complejo "lleno de sonido y furia". En su libro sobre la teoría del Estado se encuentran páginas muy ilustrativas sobre estos asuntos históricos, que coinciden con la concepción de Max Weber, el gran sociólogo alemán, quien en su hermosa conferencia sobre *La política como vocación*, expone textualmente: "En todas partes el desarrollo del Estado moderno comienza cuando el príncipe inicia la expropiación de los titulares 'privados' de poder administrativo que junto a él existen: los propietarios en nombre propio de medios de administración y guerra, de recursos financieros y de bienes de cualquier género políticamente utilizables".[2]

Es muy esclarecedora la comparación de las tesis de los dos profesores de Heidelberg, Jellinek y Weber. Han descrito cómo, *i.e.,* a través de qué procesos, surgió históricamente el Estado: la expropiación por parte del príncipe de todos los medios de administración y físicos de ejercicio del poder o de la dominación de hombres por hombres.

II. El concepto sociológico del Estado

Jellinek afirma en el proceso intelectual de comprender al Estado, como formación social surgida históricamente: "Determinado de una manera más concreta el Estado, diríamos que consiste en relaciones de voluntad de una variedad de hombres. Forman el sustrato de este Estado hombres que mandan y hombres que obedecen".[3]

De la multiplicidad de las relaciones de dominación que se dan en cualquier grupo social, el teórico debe encontrar el concepto que describa la unidad de esas

[1] Jellinek, Georg, TGEJ, *Teoría general del Estado*, México, Compañía Editorial Continental, 1956, p. 405.

[2] Weber, Max, PV, *La política como vocación*, Madrid, Alianza Editorial, 1967, p. 91 y Tena Ramírez, Felipe, DCM, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1978, pp. 2-3.

[3] Jellinek, Georg, TGEJ, *op. cit.*, p. 190.

pluralidades, lo que denomina "ordenar la variedad de fenómenos".[4] La unidad de las relaciones de dominación, que son unidades teleológicas, se exterioriza o se manifiesta empíricamente *mediante la organización*, esto es, "mediante personas que tienen por ocupación cuidar, valiéndose de sus acciones, de que se mantenga la unidad de los fines".[5]

La concordancia entre los conceptos de Jellinek y Weber es notoria, aunque Weber adiciona un concepto muy importante del que carece su colega: el concepto de la coacción como medio específico del que se vale el Estado para conseguir el cumplimiento de sus fines.

> Dicho Estado sólo es definible sociológicamente por referencia a un *medio* específico que él, como toda asociación política, posee: la violencia física… La violencia no es, naturalmente, ni el medio normal ni el único medio de que el Estado se vale, pero sí es *su* medio específico… Hoy, por el contrario, tendremos que decir que el Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio… reclama (con éxito) para sí el monopolio de la *violencia física legítima*.[6]

Si el Estado es concebido sociológicamente de la manera descrita, prescindiendo de cualquier concepto normativo, ello es debido a la comprensión causal de los fenómenos sociales, que desde siempre ha intentado la sociología. Sin embargo, la lectura atenta de la gran obra de Jellinek y de quienes se interesan por comprender al Estado como una entidad empírica, real, existente, que opera y actúa en la realidad social, permitirá desentrañar la necesidad de utilizar conceptos normativos, a los que se les ha cambiado su fisonomía.

III. Transición del concepto sociológico al jurídico del Estado

Hay una observación de Weber, cuando define el concepto sociológico fundamental de la dominación, en la que aparece la cara de la normatividad con toda claridad. Expone Weber: "Por *dominación* debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas… Una asociación se llama *asociación de dominación* cuando sus miembros están sometidos a relaciones de dominación en virtud del orden vigente".[7]

Desde el punto de vista de una ciencia causal de la conducta humana, no puede hablarse de *obediencia* sin presuponer una relación jerárquica entre individuos, dentro de la cual el sujeto dominante puede emitir un mandato al sujeto domina-

---

[4] *Idem*.

[5] *Ibidem*, p. 192.

[6] Weber, Max, PV, *op. cit.*, p. 83.

[7] Weber, Max, ES, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 184.

do y éste lo cumple, según es posible observar. El punto de vista determinante del concepto de la obediencia es la previa existencia de la formulación del dominante de un mandato de cierto contenido. El significado del mandato, como acto de habla que es, es el criterio para poder determinar si la conducta del sujeto, conducta que es el contenido del mandato, lo cumple, obedece al mismo o, por el contrario, lo desobedece. Lo que importa destacar aquí es el concepto del mandato, que es el determinante del juicio sobre la obediencia o desobediencia del sujeto que se dice dominado.

Podríamos presentar esto de otra manera: dado un mandato, *i,e.*, una manifestación de voluntad de un sujeto dirigido a que otro sujeto se comporte conforme a la voluntad expresada,[8] la relación de dominación existe o se constituye debido a que se toma como punto focal de la consideración la existencia de un mandato. Sin el mandato no hay relación de dominación, sino sólo relaciones causales, de las que no puede predicarse la obediencia o la desobediencia.

Con base en lo anterior, el conjunto de individuos pertenecientes a una asociación de dominación, según la construcción conceptual de Weber, se encuentran sometidos a relaciones de dominación entre ellos en *virtud de un orden vigente.* Esto significa que existe un conjunto de mandatos que forman un orden normativo, con base en el cual unos hombres están capacitados para hacer que los otros obedezcan sus mandatos, precisamente por la existencia real de tal orden vigente.

Regresando a los conceptos de Jellinek, la organización de un grupo humano existe por virtud de la existencia de un orden con base en el cual unos hombres se encuentran encargados de realizar las finalidades de la asociación. Puede observarse que el punto de vista central de todo esto no es otra cosa que la existencia de un orden normativo.

IV. Teoría de la identidad del derecho y el Estado

No es este el lugar para analizar y discutir sobre la dualidad del ser (*sein)* y del deber ser (*sollen)*; o lo que es lo mismo, de la imposibilidad de deducir un enunciado normativo o deontológico de enunciados descriptivos de hechos. Es un principio inconmovible de la jurisprudencia este principio de David Hume.[9]

Algunos juristas con proclividad a conceptos realistas y causales podrán decir, como lo hace Jellinek, que los hechos repetidos tienen fuerza normativa. Hay una intuición correcta psicológica debajo de esta tesis; sin embargo, la posición de Hume sigue firme como una roca y en ella, junto con Kelsen, nos apoyamos.

Este autor, en su *Teoría general del Estado* cita en las notas a los capítulos de su obra, la opinión del filósofo de la Escuela Neokantiana de Marburgo, Hermann Cohen, en relación con el método para el estudio del Estado:

---

[8] Austin, John, OJ, *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 143 y Kelsen, Hans, TPD2, *Teoría pura del derecho*, Ed. Colihue, 2011, p. 60.

[9] Kelsen, Hans, TPD2, *op. cit.*, pp. 60-61.

> La teoría del Estado es necesariamente teoría del derecho político. El método de la teoría del Estado se halla en la ciencia jurídica. Aun cuando para constituir el concepto de la ciencia política deben cooperar otras ciencias, el fundamento metódico está formado indiscutiblemente por la ciencia del derecho. El concepto y el método de la ciencia del Estado está condicionado preferentemente por la ciencia del derecho.[10]

Con lo expuesto más arriba sobre el concepto del Estado como dominación, podemos hacer una consideración que nos lleve directamente a corroborar las tesis de Cohen y Kelsen. Ciertamente, la emisión de un mandato es un hecho real, en el que es posible distinguir elementos de la realidad natural, como la presencia de dos sujetos, uno de los cuales habla y el otro, no sordo, escucha y procesa mentalmente. Estos hechos pueden y en realidad están condicionados por otros hechos conectados en cadenas causales que es posible especificar. Sin embargo, puede prescindirse de todos ellos y concentrar nuestra atención en el mandato mismo, entendido como el significado de las palabras emitidas por el dominador. Este contenido del mandato es el que nos permite comprender el sentido de las dos conductas, del dominante y del dominador.

Todos los elementos externos al significado del mandato tienen su correlato conceptual en las explicaciones sociológicas del Estado. Pero debemos concluir que lo esencial del Estado consiste en ser un orden jurídico. Por lo tanto, la teoría de la identidad del derecho y el Estado tiene un sentido metodológico muy especial. Como en el caso del mandato se prescinde de los elementos que no son el significado del mismo,[11] todo lo que podríamos denominar con Weber *la física del mandato*, así debemos prescindir de la *física del Estado* y, entonces, la teoría del Estado *debe plantear y resolver los problemas relativos al mismo de manera jurídica, i.e., normativa*. Este es el sentido metódico de la teoría de la identidad del derecho y el Estado. Dice Kelsen:

> Puesto que el Estado, en cuanto unidad social específica, sólo puede comprenderse como orden, como un sistema de normas, la cuestión en torno a su fundamento —prescindiendo de otras determinaciones necesarias de su sentido— tiene que reducirse a una norma, a un deber, puesto que es la cuestión en torno al fundamento de un deber ser, de una norma. El dualismo lógicamente irreconciliable de ser y deber radica precisamente en que la cuestión acerca de por qué un determinado contenido vale como existente o como debido, se desarrolla dentro de una de las dos esferas; y no hay ningún puente lógico que comunique el ser con el deber ser, o a la inversa… Por tanto, si, como sucede con frecuencia, se pretende contestar la cuestión acerca del fundamento del Estado haciendo referencia a un ser fáctico, o se practica un notorio sincretismo metódico, o se tiene un síntoma de que no se considera al Estado como el orden de un sistema normativo, sino como un hecho "natural", como el efecto de ciertas causas.[12]

---

[10] Kelsen, Hans, TGE, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, p. 486.

[11] Weber, Max, SCMH, *La "Superación" de la concepción materialista de la historia de R. Stammler*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2001, p. 120.

[12] Kelsen, Hans, TGE, *op. cit.*, p. 44.

V. Los elementos del Estado comprendidos jurídicamente

Con base en el principio metódico de la teoría de la identidad del Estado con el derecho, debemos intentar comprender los elementos del Estado de manera jurídica, normativa.

Para poder hacerlo, es necesario previamente establecer de manera muy clara el concepto del derecho. Nosotros, con Kelsen, partimos de la concepción del derecho como un orden coactivo de la conducta humana. ¿Cómo llegamos a este concepto? ¿Cómo podemos construir o elaborar este concepto a partir de las concepciones sociológicas que hemos expuesto más arriba?

Partamos de los conceptos expuestos de Weber en los que hace énfasis en el elemento de la "violencia física legítima". Este es el medio de que se vale la agrupación humana llamada Estado que permite caracterizarla y distinguirla de las demás agrupaciones sociales. Entonces, si hemos de ser congruentes con nuestro principio metódico fundamental de la teoría de la identidad del derecho y el Estado y si éste es un sistema social que utiliza característicamente la violencia física legítima, el derecho debemos concebirlo como aquel conjunto de normas cuyo contenido esencial es la coacción. La coacción es el elemento normativo peculiar de las formaciones normativas del derecho, que lo distingue de otras formaciones, aparentemente normativas (moralidad, religión, convencionalismos sociales, etc.), todas las cuales, por muy eficaces que sean, no contienen como nota esencial y característica la coacción física. El contenido fundamental de las normas jurídicas es que disponen el ejercicio de la coacción. Sólo bajo esta concepción del derecho es posible comprender normativamente al Estado.

> Cuando la teoría dominante del Estado declara que éste constituye un "aparato coactivo" y la doctrina tradicional jurídica considera que el derecho es un orden coactivo, queda mostrado que, fundamentalmente, ambas teorías tienen en cuenta el mismo objeto, ya que el "aparato" de la coacción no es más que una metáfora del "orden" coactivo.[13]

No es el caso en este lugar hacer una relación histórica de todas las teorías que consideran al derecho como un orden normativo de carácter coactivo. Desde Grocio, Pufendorf, Altusius, hasta los modernos teóricos del derecho siempre han considerado que el derecho, de una u otra forma es un orden normativo cuya característica esencial es el establecimiento de la coacción. Incluso aquellos juristas, como los teóricos Thomas Hobbes, Jeremías Bentham, John Austin, Rudolph Ihering y Max Weber, han insistido en el carácter coactivo de los mandatos o normas que son el objeto de su estudio. Austin opina que las normas son mandatos, *i.e.*, manifestaciones de voluntad dirigidas intencionalmente a que otro sujeto se comporte conforme

[13] *Ibidem*, p. 22.

al contenido del mandato, dice que si el emisor del mismo no está en situación de infligir un daño en caso de que incumpla con el mandato, su manifestación de voluntad no es propiamente un mandato. Ihering es especialmente enfático en este tema cuando dice:

> La coacción ejercida por el Estado constituye el criterio absoluto del derecho; una regla de derecho desprovista de coacción jurídica es un contrasentido; es un fuego que no quema, una antorcha que no alumbra. Poco importa que esta coacción sea ejercida por un juez civil (o criminal) o por la autoridad administrativa. Son *derecho* todas las normas realizadas de este modo; todas las demás, aunque de hecho fueren universalmente obedecidas, no lo son. Sólo llegan a serlo cuando el elemento exterior de la coacción pública se les agrega.[14]

Este párrafo es importante, al que sólo debemos hacerle una observación que más adelante se aclarará: supone que existe el Estado de manera independiente del derecho, que es el que ejerce la coacción, supuesto con base en el cual se concibe el carácter jurídico de las normas del derecho. Nuestro principio metódico de la reconstrucción conceptual de la tesis de la identidad del derecho y del Estado nos impide aceptar semejante conclusión.

VI. La revolución kelseniana

Hemos aceptado la tesis de que la coacción es "el criterio absoluto del derecho", como dice Ihering y como lo afirma y acepta Kelsen en todas sus obras. Entonces, urge preguntarse cuál es la novedad de la tesis de Kelsen frente a todos los demás autores que afirman que la coacción es esencial al concepto del derecho.

Para exponer la novedad de la concepción kelseniana debemos observar que todos los autores que hemos mencionado consideran que el derecho está formado por normas que regulan la conducta de los súbditos con la *garantía externa* de la coacción del Estado. Por tanto, el Estado no se identifica ni puede identificarse con el derecho, aunque sea un elemento necesario para comprender, en estas teorías, la normatividad del derecho.

Sin explicitar el camino conceptual que llevó a Kelsen a la concepción del derecho como un orden coactivo de la conducta humana, sin embargo, siempre consideró que las normas jurídicas tienen por contenido específico y esencial, el establecimiento de los actos de coacción. "Si el derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradúcese en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición".[15]

---

[14] Ihering, Rudolph, FD.

[15] Kelsen, Hans, TGE, *op. cit.*, p. 68.

Este párrafo contiene *in nuce* la esencia de la concepción kelseniana. En él no hay mención alguna al Estado o a considerar que la coacción se encuentra fuera de la norma jurídica. Lo que ha hecho es introducir a la coacción como elemento esencial del derecho en las proposiciones que lo describen. Es lo que yo he llamado *interiorización semántica de la coacción* en las proposiciones jurídicas que describen a las normas del derecho. Ello se encuentra en concordancia con el principio que informa la tesis de la identidad del derecho y el Estado. Ya no necesitamos, con este procedimiento de la interiorización en la semántica en las proposiciones descriptivas de normas, a ningún Estado que se encuentre fuera del orden jurídico o de las normas que lo integran. El derecho es coactivo.

VII. El destinatario de las normas jurídicas

Todos los juristas consideran que el derecho regula la conducta humana de los sujetos sometidos a sus normas, *i.e.*, de los particulares o gobernados. Y esto es correcto, en cuanto a las finalidades últimas del ordenamiento jurídico. Los creadores de las normas jurídicas intentan conseguir que los particulares o los súbditos realicen conductas que consideran beneficiosas o eviten aquellas que consideran perjudiciales. La pregunta que hay que hacer y contestar es *cómo el derecho* consigue esa finalidad fundamental. Hay dos teorías al respecto:

a) Por imperativos que encuentran su legitimación y observancia con base en ideologías determinadas, que Weber denomina criterios de legitimidad.[16]
b) Por medio de la motivación indirecta generada por la coacción prevista en la norma como consecuencia.[17]

Si el derecho es un orden coactivo, entonces sólo cabe la respuesta contenida en el inciso b) a la pregunta cómo el derecho regula la conducta de los particulares. Si el derecho es un orden coactivo, la conducta de los particulares se encuentra regulada por vía indirecta, a través de la conducta de los encargados por las normas jurídicas de ejercer la coacción. Esto lo vio con toda claridad Ihering quien, congruentemente con su concepción del derecho como orden coactivo, dice:

> ¿A quién, pues, se dirigen los imperativos públicos? La respuesta tiene que ser la siguiente: a los órganos del poder, a los cuales está reservado el ejercicio de la coacción, desde el soberano y los más altos magistrados hasta los agentes más subalternos… La coacción respecto a la persona privada es un elemento secundario que forma un criterio incierto del derecho… el carácter distintivo de una norma de derecho no consiste en la acción *externa* que ejerce sobre el pueblo, sino en su autoridad *interna* sobre los poderes públicos, mucho más importante. De expresar en términos jurídicos la noción de

[16] Weber, Max, ES, *op. cit.*, pp. 161-163.
[17] Kelsen, Hans, TPD2, *op. cit.*, p. 79, y TGE, *op. cit.*, p. 15.

> la norma del derecho, lo haremos con exactitud definiéndola, respecto a la forma, en estos términos: contiene un imperativo abstracto dirigido a los órganos del poder público, y el efecto externo, es decir, su observación por el pueblo, debe, bajo este aspecto puramente formal ser considerado como un elemento secundario. Todos los preceptos legislativos, sin excepción, están dirigidos *en primer lugar* a la autoridad: el Código civil, el Código penal, todas las leyes y ordenanzas militares, fiscales, de policía, etcétera, no hacen más que regular el ejercicio del poder público de coacción. Pero tanto como la persona privada puede, por la mira de sus intereses, reclamar el concurso *activo* de aquél, o *pasivamente* sufrir su acción, todos esos preceptos extienden igualmente su eficacia a la persona privada: la *autorizan,* la *obligan*, la *sujetan*. Por lo que hace a su fin, estas reglas del derecho miran a la persona privada; no es menos cierto, sin embargo, que en la *forma* se dirigen exclusivamente a los órganos del poder público.[18]

No quiero explayarme en una crítica terminológica a estos párrafos, en los que se encuentra consignada una concepción exacta, perfectamente congruente con el concepto del derecho como un orden coactivo. Sólo quiero observar que Ihering casi alcanza la formulación condicional de las proposiciones jurídicas que Kelsen acuñó con la fórmula *Si A es debe ser B*, en donde "B" está por la regulación del ejercicio de la coacción. A esta relación de "deber ser" (*sollen* en alemán) Kelsen la denominó "imputación" (*Zurechnung*).

Kelsen, en su obra de 1911, HP, hace la crítica correcta al uso de la palabra "imperativo" para referirse a las normas jurídicas:

> Ihering, quien consideraba esencial para el derecho objetivo el llamado "factor coacción", es decir, la conminación de un perjuicio, de una pena o de medidas de ejecución, mantúvose a salvo del error de concebir la norma jurídica como una orden de comportarse conforme a derecho, orden dirigida exclusivamente al pueblo… Hay que rechazar de un modo rotundo la concepción de la norma jurídica como un imperativo dirigido a los órganos del Estado. La forma lógica de la norma jurídica… no es la del imperativo, sino la del juicio hipotético. Y si Ihering no acierta a llegar a las conclusiones acertadas es, sencillamente, porque se aferra a la concepción tradicional de la forma imperativa, porque no da la debida importancia a la forma lógica de la norma jurídica.[19]

VIII. Formación conceptual del concepto de la Constitución

Teniendo en consideración la teoría de la identidad del derecho y el Estado y la determinación conceptual del sujeto al que se dirigen las normas jurídicas, nos falta considerar el criterio de cuando un conjunto de normas forman un orden jurídico.

---

[18] Ihering, Rudolph, FD.

[19] Kelsen, Hans, HP, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, México, Porrúa, 1987, p. 334.

El concepto es relativamente sencillo. Un conjunto de normas jurídicas forman un orden normativo cuando la validez de todas ellas puede referirse, directa o indirectamente, a una única norma que establece los procesos de creación de las demás normas y determina sus contenidos, de manera necesaria o excluida. Por ello, las normas que integran un orden jurídico son todas ellas normas positivas, *i.e.*, puestas o producidas por actos de conducta humana determinados por otra u otras normas. Esta norma de la que depende la validez o existencia positiva de las demás normas del orden se denomina *norma fundamental.* Esta norma fundamental es la que determina, en su contenido, el proceso o procesos fundamentales de creación de las demás normas (criterio formal o parte orgánica) y los contenidos necesarios o excluidos de ellas (criterio material o parte dogmática). Es decir, toda norma jurídica ha de considerarse como una norma positiva: su fuente formal se encuentra determinada, directa o indirectamente, por la norma fundamental.

Debemos hacer una observación muy importante. El derecho, como orden dinámico de normas, es un orden jurídico positivo. Todas y cada una de sus normas han sido creadas o puestas por actos de conducta humana; todas ellas son normas positivas. Afirmar lo contrario sería tanto como negar, aunque fuera parcialmente, el carácter dinámico del orden.

Bajo estos conceptos ¿cómo debemos concebir a la Constitución? De manera inmediata debemos decir que la Constitución, entendida como norma fundamental, es una norma positiva, pues su fuente formal, es decir, su proceso de creación, el proceso constituyente, tuvo lugar en la ciudad de Querétaro, llevado a cabo por un Congreso Constituyente, desde el 1o. de diciembre de 1916 al 31 de enero de 1917.

Si el destinatario directo de las normas jurídicas, que son normas coactivas, son los órganos encargados de ejercer condicionalmente la coacción, entonces debemos preguntarnos: ¿cuál es el concepto jurídico fundamental que explica esta situación?

Sin duda alguna, es el concepto jurídico de la *facultad*. Este concepto jurídico es distinto a los demás conceptos normativos. La facultad no puede reducirse a la obligación, ni a la prohibición y tampoco a la permisión. Puede observarse que existe la tendencia a reducir el concepto de la facultad a los conceptos deónticos acabados de mencionar. *A priori*, se obtienen las siguientes posibilidades:

a) La facultad como permisión.
b) La facultad como prohibición.
c) La facultad como la unión de una prohibición y una autorización.
d) La facultad como definición.
e) La facultad contiene implícitamente una obligación para los súbditos.
f) La facultad como predicción.

1. *La facultad como permisión*

En este punto es necesario hacer algunas precisiones. No es correcto, desde un punto de vista teórico, intentar explicar el carácter normativo de estas normas que establecen facultades echando mano de los conceptos deónticos mencionados. Nin-

guno de ellos es aplicable para caracterizar la función normativa de las facultades, por dos razones: 1) en su contenido no hacen referencia a los actos de producción normativa y 2) constituyen la materia de los actos que ejercitan las facultades normativamente establecidas. Las normas de competencia o las facultades pueden estar unidas a normas coactivas diversas. Decir que las normas de competencia son normas de permisión, no es correcto por la razón de que si se trata de la permisión débil, es decir, de aquella que se presenta cuando no existe norma que regule una cierta conducta, conforme al aforismo de que "lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido", la facultad no queda tipificada en su función específica, precisamente por no existir norma jurídica que regule esa función creadora de normas. Las facultades son el contenido específico de ciertas normas. Tampoco se puede concebir con el concepto de permisión fuerte debido a que este concepto se encuentra esencialmente vinculado con el de la prohibición y solamente constituye una limitación a una prohibición general o particular. Tanto la prohibición como su limitación no tienen referencia alguna a la creación de normas.

Constituye un uso impreciso e indebido del lenguaje deóntico afirmar que la facultad es una permisión. Si el concepto de lo permitido se entiende en sentido de la permisión débil, siempre podremos decir de cualquier conducta facultada que está permitida, en caso de que no esté directamente prohibida, lo que es posible *a priori*, como mera posibilidad, aunque entrañaría un conflicto teleológico. La conducta facultada, el ejercicio de una facultad, si no es antijurídica, es una conducta permitida, aun en el caso de que dicha conducta se quisiera identificar como el cumplimiento de una obligación. La conducta obligatoria está permitida, simplemente porque no es igual a la conducta prohibida. Pero el concepto de permisión no contiene el significado del poder de creación de nuevo contenido.

2. *La facultad como prohibición*

No podría decirse que conferir a un sujeto una facultad u otorgarle una competencia sea equivalente a prohibir a los demás individuos realizar esos actos. Otorgarle una facultad a un sujeto no implica necesariamente prohibir a los demás sujetos la realización de conductas creadoras de normas. No existe una prohibición de legislar dirigida a todos los demás sujetos que no sean los diputados o senadores al Congreso. Los particulares pueden reunirse e intentar emitir leyes, sin que por ello deba sancionárseles. Recuérdese el tribunal Bertrand Russell. Un problema distinto es el valor jurídico que haya que otorgar a esos actos.

3. *La facultad como la unión de una prohibición y una autorización*

Tampoco podría considerarse que la norma que establece una facultad es una combinación de dos normas que pertenecen a la estática jurídica: una prohibición para los demás sujetos y una autorización a ciertos sujetos de realizar los actos constitutivos de la facultad, autorización entendida como una limitación específica a esa

norma prohibitiva general. La misma crítica hecha más arriba debe hacerse en este lugar. Con la caracterización mencionada no se determina de manera adecuada la función *autopoiética* de la facultad, la función creadora de normas, además de que no se pueden aplicar esos conceptos, de la manera en que fueron definidos más arriba, porque no se suscitan las consecuencias de los mismos, que son precisamente las sanciones.

4. *La facultad como definición*

Tampoco puede considerarse que las normas de competencia o que establecen facultades son definiciones, como lo pretende Bulygin.[20] La norma constitucional que determina el proceso de creación de las leyes y otorga esta facultad al Congreso federal no está definiendo lo que es una ley, pues una definición es una operación intelectual, que no tiene la función creadora de normas. A esta concepción, simplemente, se le escapa la conceptuación de la función específica de esta clase de normas. No se niega que, con base en ello, la jurisprudencia pueda definir lo que es una ley, diciendo que es un conjunto de normas generales emitidas por el Congreso general siguiendo el procedimiento establecido en diez artículos de la Constitución, lo que no autoriza a decir que las normas constitucionales son definiciones de lo que es una ley. De igual manera podría decirse que las normas penales definen lo que es un delito o una pena, pues la relación de ellos podría ser considerada una definición de ellos por enumeración. Todas las normas que establecen instituciones, como el matrimonio o el contrato de compra-venta, serían definiciones.

5. *La facultad contiene implícitamente una obligación para los súbditos*

Kelsen es el autor que sostiene esta tesis. Se encuentra en su libro *Allgemeine Theorie der Normen (Teoría general de las normas)*. Expresa, primero, con toda claridad, la función específica de las normas que establecen la facultad: "La función normativa de facultar significa: otorgar a un individuo el poder de crear y aplicar normas".[21]

Pero considera que toda norma que establece una facultad implica la existencia de otra norma que obliga a los súbditos: "Pero facultar puede implicar un ordenar. Implica un ordenar cuando la creación de una norma está facultada. Cuando una norma moral faculta a un padre emitir órdenes a su hijo, ordena con ello al niño obedecer las órdenes del padre".[22]

Esta tesis no es aceptable. No hay actos implícitos de ordenar. La orden de cumplir con las órdenes del padre es una duplicación del contenido obligatorio de la orden del padre. La norma que faculta al padre no implica acto alguno de ordenar,

[20] Bulygin, Eugenio, SNC, "Sobre las normas de competencia", en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 490 y ss.

[21] Kelsen, Hans, ATN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1979, p. 82.

[22] *Ibidem*, p. 83.

sino sólo le concede el poder de crear normas, las que pueden tener por contenido una obligación, aunque no de manera necesaria, pues su contenido puede estar constituido por una permisión fuerte o una autorización. También puede contener una facultad. Si esta tesis de Kelsen fuera correcta, con igual razón podría decirse que facultar implica prohibir, en tanto que el mandato coactivo prohíbe la conducta que es la condición de la sanción. Hay que usar profusamente la navaja de Occam y no crear normas implícitas o fictas.

6. *La facultad como predicción*

Esta es la tesis que expresa Ross en su libro *Sobre el derecho y la justicia*.[23] Dice que el enunciado de que las normas constitucionales referentes al poder legislativo son derecho vigente, "es una predicción de que las normas de conducta creadas por la legislatura de acuerdo con la Constitución, serán aplicadas por los tribunales". Sin duda alguna debe aceptarse que las leyes las aplican los tribunales pues determinan su conducta en los procesos jurisdiccionales, pero no sólo de ellos, también de los órganos administrativos e, incluso, de los particulares cuando crean normas individuales, como en el caso de la celebración de contratos. Pero las normas de competencia, como las llama, son normas y eso quiere decir, que regulan la conducta humana en ciertos sentidos. Las predicciones pueden realizarse desde el punto de vista de una sociología, en el conocimiento de un abogado o jurista que aconseja a su cliente de la posible o probable conducta de los órganos del Estado, pero una norma no es una predicción. La ciencia causal hace predicciones; los juristas también, pero una predicción es un enunciado de carácter probabilístico, que no puede determinar el sentido de las normas que establecen facultades.

En consecuencia, debemos concebir a la facultad (*Ermächtingung* en alemán, *Empowerment* en inglés) como el contenido de las normas que establecen los procesos de creación de otras normas y determinan su contenido. Este concepto es de suma importancia, porque la Constitución debe entenderse como las normas que establecen los procesos principales de creación del orden jurídico, con sus ámbitos de validez personales, materiales, espaciales y temporales, es decir, como las normas que establecen las facultades fundamentales del orden jurídico.

IX. Unidad de una pluralidad de órdenes normativos

En la experiencia histórica encontramos órdenes normativos centralizados o descentralizados. En los primeros, la totalidad de sus normas tienen un mismo ámbito espacial de validez, que abarca todo el territorio del Estado. En cambio, en los segundos, encontramos una pluralidad de órdenes normativos con distintos ámbitos

[23] Ross, Alf, SDJ, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba.

o esferas de validez, que deben ser unificados. Supóngase que tenemos dos órdenes normativos A y B. Sólo hay tres relaciones posibles entre ellos: la subordinación de cualquiera de ellos con respecto al otro, A sobre B o viceversa o la coordinación entre ambos en un plano de igualdad A-B. En este caso se requiere, por razones lógicas, un tercer orden C que los coordine y determine sus respectivos ámbitos de validez, de manera que puedan ser identificados. Pasa lo mismo con los diversos Estados en el ámbito internacional. El derecho internacional es el orden normativo jerárquicamente superior a los Estados nacionales a los que coordina señalando sus ámbitos de validez distintos, que permite su identificación.

En todo Estado federal, como orden descentralizado, encontramos diversos órdenes normativos que deben ser coordinados por una norma o conjunto de normas superiores. ¿Cuáles son los órdenes que la Constitución coordina y los determina en su individualidad? Son cuatro los órdenes normativos que existen en un Estado federal:

1. La Federación, que es un orden normativo con validez en la totalidad del territorio nacional.
2. Una pluralidad de órdenes locales o estados locales, cuyos ámbitos de validez son diferentes.
3. Los órdenes municipales dentro de cada uno de los estados locales.
4. El orden constitucional, que explicaremos más adelante.

Por lo tanto, debemos concluir que la Constitución, como norma fundamental, determina los ámbitos de validez de los órdenes normativos integrantes del Estado federal.

Debemos hacer una observación muy importante, con el objeto de evitar algunas inexactitudes conceptuales. La Constitución del Estado federal es simultáneamente Constitución del orden subordinado de la Federación, válida para la totalidad del territorio y, además, norma o complejo normativo que da las bases, fundamentalmente orgánicas, de las Constituciones de los estados locales y otros órdenes subordinados. Cada uno de los estados locales posee su propia Constitución, creada por su respectivo Congreso Constituyente. Ahora bien, el orden jurídico constitutivo de la Federación no tiene una Constitución especial distinta de la Constitución del Estado federal total. La Constitución del Estado federal es simultáneamente Constitución del orden jurídico de la Federación y norma superior respecto de las Constituciones locales (artículos 115, 116, 117, 118 y 122).

Si la Constitución contiene preceptos como los señalados, que dan las bases para los órdenes subordinados mencionados, es claro que no forman parte de la Constitución del orden de la Federación, sino que pertenecen con otras normas a la Constitución del Estado federal total. Por lo tanto, la Constitución del Estado federal tiene por función esencial la determinación de los ámbitos de validez normativa de los órdenes subordinados que hemos especificado, en tanto establece los órganos y las competencias de ellos. Esto lo hace nuestra Constitución de manera muy económica: la división de competencias (facultades) entre el orden subordinado de

la Federación y la de los estados locales la establece determinando las competencias (ámbito material de validez) de la Federación y disponiendo que todas las competencias, es decir, la materia de las facultades que no están adscritas a la Federación se entienden reservadas a los estados (artículo 124).

X. El orden constitucional

En mi opinión, existen cuatro funciones jurídicas, es decir, facultades que no pueden ser consideradas como federales o locales y que, por tanto, deben adscribirse al que he llamado "orden constitucional". Ninguna de ellas es materia de las facultades de los órdenes subordinados a la Constitución, pues pueden entrañar modificaciones a la división de competencias federal y locales o la revisión de la regularidad constitucional de sus actos. Estas cuatro funciones o facultades son las siguientes:

a) Las reformas o adiciones a la Constitución (artículo 135).
b) La reforma a la Constitución en su aspecto geográfico (artículo 73, frac. III).
c) La suspensión de garantías (artículo 29).
d) El control de la constitucionalidad (artículos 103, 105 y 107).

Estas funciones, en realidad, son facultades que la Constitución encomienda su ejecución a órganos especiales complejos, por ejemplo, a órganos compuestos por órganos federales y locales, como en el caso de las adiciones o reformas a la Constitución (artículo 135). Cuando estos órganos llevan a cabo el procedimiento de adicionar o reformar la Constitución, no están actuando en su calidad de órganos de la Federación o de los estados locales, pues no ejercen competencia alguna de esos órdenes; en realidad se conforma un nuevo órgano que realiza una función constitucional. El nuevo órgano constitucional, formado por el Congreso de la Unión y las legislaturas locales, ejerce una competencia que sólo puede atribuirse al orden constitucional, puesto que con ella puede ser variada la división de competencias entre ellos o ser modificadas o adicionadas disposiciones que solamente pueden ser adscritas al orden constitucional: me refiero a lo que hoy se denominan "derechos humanos" y sus garantías.

No es el caso que en este ensayo relate o describa, con alguna amplitud, el contenido de estas cuatro funciones del orden constitucional. Ellas constituyen el *ámbito material de validez* del orden constitucional. La esfera o *ámbito personal de validez* se refiere a los sujetos que realizan las funciones adscritas al orden constitucional. El *ámbito espacial de validez* está determinado por las normas constitucionales cuyo contenido es la descripción de los elementos que se consideran el territorio de México (artículo 42). El *ámbito temporal de validez* indica el lapso de la entrada en vigor de las normas constitucionales (1o. de mayo de 1917) y el tiempo posterior hasta su derogación.

XI. La función esencial de la Constitución

Hemos determinado que la Constitución es la norma suprema positiva del orden jurídico mexicano. Hemos señalado los órdenes que integran el Estado federal mexicano (órdenes constitucional, de la Federación, de los estados locales y de los municipios) y las normas que los coordinan o subordinan.

Recientemente, no hará más de tres décadas, ha surgido una preocupación por entender el sentido o significado de las Constituciones y las funciones que llevan a cabo dentro del derecho. Se ha llegado a afirmar que se ha creado un nuevo paradigma (*sic*), al que llaman *Estado constitucional de derecho*, para contraponerlo al que denominan *Estado legislativo de derecho*, en el que enfatizan las funciones y la operancia de las normas constitucionales. Véanse los ensayos contenidos en el libro *Neoconstitucionalismo(s)* de Comanducci, Ferrajoli, Prieto y Barberis. La distinción entre estos dos modelos de Estado es totalmente artificial y tiene muchos elementos de carácter iusnaturalista, que nosotros desechamos por incongruentes con la concepción del derecho como orden positivo de normas. Véase lo que dice el gran teórico del derecho Ricardo Guastini:

> ...por "constitucionalización del ordenamiento jurídico" propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente "impregnado" por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.[24]

No es mi intención criticar las tesis contenidas en este ensayo, muy interesante, sino observar que todo lo que en él se dice es observable en cualquier orden jurídico moderno que tenga una Constitución escrita y el control de constitucionalidad.

XII. Función y operancia de la Constitución como norma positiva

Para darse cuenta de ello baste observar la sentencia de juicio Marbury *vs*. Madison, el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1803. En un razonamiento en principio impecable dice el juez Marshall:

> Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la Legislatura puede alterar la Constitución

[24] Guastini, Riccardo, COJ, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 49.

> mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto, siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

Me importa destacar de este párrafo unas expresiones incompatibles y contradictorias. Dice la sentencia: "una ley contraria a la Constitución no es ley". Es el mismo tipo de enunciado de Santo Tomás: un derecho injusto no es derecho. En la primera parte del enunciado se dice que existe una ley y que ésta es contraria a la Constitución y se concluye que esa ley no es ley, lo cual es una contradicción flagrante. Más adelante dice: "una ley repugnante a la Constitución es nula". Una ley nula no es ley alguna, ha dejado de ser ley, no existe como tal y, por tanto, no puede predicarse de ella su contradicción con la Constitución, pues la nada jurídica no puede contradecir a la Constitución. Kelsen ha observado algo similar:

> La afirmación que una ley válida es "inconstitucional" es una *contradictio in adjecto,* pues una ley sólo puede ser válida con fundamento en la Constitución... De una ley no válida, por otra parte, no puede afirmarse que sea inconstitucional, ya que una ley no válida no es de ningún modo una ley, pues es jurídicamente inexistente y, por ende, no es posible ningún enunciado jurídico al respecto. Si la afirmación, corriente en la jurisprudencia tradicional, de la inconstitucionalidad de una ley ha de tener algún sentido posible, no puede ser tomada literalmente.[25]

Más adelante veremos qué se puede decir congruentemente al respecto. Por lo pronto, no debemos interpretar literalmente la expresión contenida en la sentencia que se comenta.

Debemos recordar el principio central de la concepción del derecho como un orden dinámico. Ello entraña que en el ámbito del derecho nada está dado naturalmente, no hay elemento pre-constituido, sino que, por el contrario, todo elemento del derecho debe ser creado o establecido positivamente, es decir, puesto o producido por actos de conducta humana regulada por normas, también positivas. Por lo tanto, la afirmación que una norma es inconstitucional entraña varias afirmaciones, que son las siguientes:

1. Existe una norma superior que determina el procedimiento y el contenido de la norma que se está juzgando.
2. El órgano competente ha dictado una norma por medio de ciertos actos regulados normativamente por la norma superior.

[25] Kelsen, Hans, TPD2, *op. cit.*, p. 299.

3. Esta norma creada es existente dentro de la esfera del derecho, conforme a la definición de Kelsen del término "validez":

> Designamos con la palabra "validez" la existencia específica de una norma. Cuando describimos el sentido o el significado de un acto que establece una norma, decimos que con el acto en cuestión, se ordena, manda, prescribe, exige, prohíbe una conducta humana, o bien, se la admite, permite o faculta. Si, como hemos propuesto anteriormente, utilizamos la palabra "deber" (deber ser, *sollen:* Schmill*)* en un sentido que abarque todos esos significados, podemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe, o no debe, ser o ser hecho.[26]

4. Comparándola con el contenido de la norma superior que la determina, alguien ha encontrado alguna irregularidad adjetiva o sustantiva.
5. Estas irregularidades tienen que ser establecidas positivamente por medio de los actos de los órganos encargados de revisar su regularidad.
6. Por tanto, no hay regularidad ni irregularidad *a priori*, sino sólo *a posteriori*, determinada por el órgano competente para conocer sobre su validez.
7. Sin esta determinación positiva de la irregularidad, la norma es válida, existe en la esfera del derecho, lo que puede comprobarse con el hecho de que puede impugnarse por medio de un recurso o juicio cuya materia sea la determinación de su regularidad o la ausencia de ella.

La afirmación de la regularidad o irregularidad de una norma válida, *i.e.*, existente, hecha por la ciencia del derecho o un jurista cualquiera o los súbditos, tiene un carácter subjetivo, sin trascendencia jurídica. Es la opinión personal del sujeto que emite tal enunciado, por muy sabia y documentada que esté esa afirmación.

Es profundamente intrigante la circunstancia de considerar como válida una norma que nos parece que se encuentra claramente en contradicción con la norma superior que la determina procesal y sustantivamente. Pero debemos reconocer que esta circunstancia se presenta comúnmente en la experiencia jurídica: se habla de la inconstitucionalidad de leyes o normas y actos, de la ilegalidad de contratos o de sentencias de los jueces y de los reglamentos del órgano ejecutivo del Estado. Pero el jurista y el particular que hacen ese tipo de afirmaciones se encuentran en una situación relativamente paradójica. Están convencidos de la irregularidad de la norma o el acto y, sin embargo, lo consideran válido. Es claro que no se dejan engañar, pues saben muy bien que esa irregularidad deben aducirla ante el órgano competente para anular el acto o la norma que consideran irregular. No actúan bajo el supuesto de que por esa irregularidad la norma o el acto es nulo y, por tanto, no pueden perjudicarlo. En realidad, la consideran *anulable*.

> Si se toman literalmente ciertas expresiones que son corrientes en la jurisprudencia tradicional, tal conflicto parece presentarse. Pues aquella habla de sentencias judiciales

[26] *Ibidem*, p. 65.

> "contrarias a la ley" y de leyes "contrarias a la Constitución", y así se crea la impresión de que fuera posible, en términos generales, algo como una norma contraria a las normas, y en particular, una norma jurídica contraria a derecho. Incluso el derecho mismo parece contar con la posibilidad de un derecho contrario al derecho, confirmando su existencia mediante las múltiples precauciones que toma con el supuesto fin de posibilitar la anulación de un derecho contrario al derecho. Pero si hubiese algo así como un derecho contrario al derecho, se eliminaría la unidad del sistema de normas que se expresa en el concepto de un orden jurídico.[27]

La unidad del sistema de normas implícito en el concepto de orden jurídico, es una tesis que Kelsen no está dispuesto a renunciar, pues siempre consideró que el derecho es un conjunto de normas que debe ser representado por la ciencia del derecho como formando una unidad no contradictoria. Y entonces surge el grave problema de cómo hacer coincidir la unidad del orden jurídico con la experiencia de las normas anti-normativas, de las normas irregulares. El problema es cómo hacer desaparecer las contradicciones normativas entre normas de diverso nivel. Este es un toro con cuernos doctrinal.

Previamente es necesario exponer el concepto de la fundamentación. Después de analizar la expresión de que una ley válida es inconstitucional y de considerarla una *contradictio in adjecto*, relaciona el concepto de validez de una ley con su fundamentación y dice:

> ...que una ley sólo puede ser válida con fundamento en la Constitución. Si hay algún fundamento para suponer que una ley es válida, ese fundamento de su validez no puede radicar sino en la Constitución. De una ley no válida, por otra parte, no puede afirmarse que sea inconstitucional, ya que una ley no válida no es de ningún modo una ley, pues es jurídicamente inexistente y, por ende, no es posible ningún enunciado jurídico al respecto.[28]

Por lo tanto, Kelsen identifica tres conceptos, que lo llevan a postular su tesis de la *cláusula alternativa tácita*, con la que pretende solucionar el problema de la unidad del orden jurídico a pesar de encontrarse con el fenómeno de las normas válidas irregulares. Los tres conceptos que identifica son los siguientes:

validez = existencia específica = regularidad

Una norma válida existe como tal y si es válida es porque es regular, porque tiene su fundamento en la norma superior que la determina. Y a la inversa: una norma irregular no es válida y, por tanto, no existe, es nula. Pero encontramos la existencia de normas juzgadas como irregulares que son válidas, que existen como normas y contra ellas pueden ejercitarse los juicios o recursos jurídicos para nulificarlas.

---

[27] *Ibidem*, p. 296.

[28] *Ibidem*, p. 299.

Si, como quiere Kelsen, la validez implica la regularidad debemos considerar a la norma superior que determina el proceso y el contenido de la norma, que *prima facie* se considera irregular, modificada de tal manera que permita considerar a la norma inferior como regular, por lo menos provisionalmente. Véase este párrafo:

> Pero eso significa que el sentido de las normas de la Constitución que regulan la legislación no es que las leyes válidas sólo pueden tener lugar del modo determinado directamente por la Constitución, sino que pueden tener lugar también de otro modo que ha de ser determinado por el órgano legislativo mismo. La Constitución faculta al legislador para producir normas jurídicas generales también mediante otro procedimiento, distinto de aquel que está determinado directamente por las normas de la Constitución, y para dar a esas normas otro contenido, distinto de aquel que las normas de la Constitución determinan directamente... Las disposiciones de la Constitución que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. La Constitución contiene una regulación directa y una regulación indirecta de la legislación; y el órgano legislativo puede optar entre ambas.[29]

Esta es la famosa tesis de la cláusula alternativa de Kelsen, que ha sido justamente criticada. Convierte a las normas superiores de cualquier nivel en la pirámide jurídica, en tautologías o en contradicciones. Si la Constitución regula el proceso legislativo explícitamente y se sigue regularmente, la norma creada es válida y tiene su fundamento en la Constitución. Si hay alguna irregularidad en el proceso legislativo, como que las Cámaras sesionaron sin el *quorum* requerido o emitieron los parlamentarios un voto que no alcanzó la mayoría requerida, etc., y se publica el texto irregular en el *Diario Oficial*, la ley respectiva es válida y, por tanto, por las identidades expuestas, existe como norma del orden, por lo menos provisionalmente y si es una norma válida, entonces, dice Kelsen, es regular. La norma constitucional es representada regulando directamente el proceso y el contenido como P o como no-P. El proceso legislativo y el contenido de la norma tienen su fundamento en ella, pues se ajusta a P o se ajusta a no-P y en ambos casos la unidad del orden se conserva. También puede ser representada como una conjunción entre P y todos los procedimientos y contenidos distintos, uno para cada irregularidad, como P y no-P_1 y no-P_2 y no-P_3, etc. Toda irregularidad en el procedimiento o en el contenido en el proceso legislativo queda en unidad con alguno de los elementos de la conjunción. Pero eso convierte a las normas superiores en contradicciones. Estamos entre la Escila de la tautología o la Caribdis de la contradicción. Pero en este último caso debe aplicarse el *principio lógico de explosión*, como lo llamaban los lógicos medievales, que afirma que de una contradicción puede derivarse lógicamente cualquier enunciado. *Ex falso quodlibet*.

No es posible conciliar la validez *i.e.,* la existencia de una norma, con su regularidad, pues deben ser conceptos distintos. El problema de las irregularidades de las normas debe ser entendido dentro del concepto del orden dinámico de normas y tiene que estar establecido de manera positiva por el órgano competente. Repito: no

[29] *Ibidem*, p. 301.

hay irregularidades *a priori*, sino únicamente *a posteriori*, lo que significa que primero debe considerarse que una norma existe, usando el criterio que se quiera y después determinar de manera positiva, si es regular o no, al compararla con el contenido de la norma superior que la determina en un procedimiento seguido ante el órgano competente. El derecho admite muchas contradicciones entre normas de diverso grado, consideradas exclusivamente como contenidos significativos. Esta contradicción lógica o puramente semántica, dentro del orden jurídico, no afecta a su validez de la norma juzgada de irregular, pues esta validez sólo desaparece por un acto positivo de un órgano competente. El juicio de irregularidad puramente semántico tiene un carácter marcadamente subjetivo, carece absolutamente de validez y no tiene consecuencias en la esfera del derecho positivo. Lo importante es que el derecho tiene instituciones que permiten expulsar del orden jurídico las normas que el órgano competente ha determinado como irregulares.

XIII. Bibliografía

Alexy, Robert, DFECD, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

Austin, John, OJ, *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

Barberis, Mauro, NDIM, "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

Bulygin, Eugenio, SNC, "Sobre las normas de competencia", en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Ferrajoli, Luigi, PFED, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

Guastini, Riccardo, COJ, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

Hobbes, Thomas, L, *Leviatán*, Madrid, Editora Nacional, 1983.

Jellinek, Georg, TGEJ, *Teoría general del Estado*, México, Compañía Editorial Continental, 1956.

Kelsen, Hans, HP, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, México, Porrúa, 1987.

———, TGE, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934.

———, ATN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1979.

———, TPD2, *Teoría pura del derecho*, Colihue, 2011. También existe en español otra edición con el mismo título, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979.

Prieto Sanchís, Luis, NPJ, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

ROSS, Alf, SDJ, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba.

TENA RAMÍREZ, Felipe, DCM, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1978.

WEBER, Max, SCMH, *La "Superación" de la concepción materialista de la historia de R. Stammler*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2001.

———, PV, *La política como vocación*, Madrid, Alianza Editorial, 1967.

———, ES, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

LA INVIOLABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE 1857 Y EL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1917

Diego VALADÉS*

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares*. II. *Textos y debates constitucionales*. III. *Formación histórica del principio de inviolabilidad*. IV. *Inestabilidad, Revolución y Constitución*. V. *Derecho de resistencia*. VI. *Análisis del artículo 136*. VII. *Consideraciones finales*.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En 1857 la Constitución incorporó una original disposición, en su artículo 128, que luego fue trasladada, con una ligera modificación gramatical al artículo 136 de la Constitución de 1917. Para facilitar el examen de esta norma, que por sí sola integra un título completo, el noveno, de la norma suprema, bajo el epígrafe "De la inviolabilidad de la Constitución", se presenta a continuación un cuadro comparativo de ambos textos en el que se destaca la única diferencia entre ellos:

Constitución de 1857	*Constitución de 1917*
Artículo 128. Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por un trastorno público, se establezca *un* gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.	Artículo 136. Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por *cualquier* trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.

* Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Como en cualquier sistema constitucional contemporáneo, las garantías adoptadas parten del supuesto de que puedan darse circunstancias en las que alguno o algunos de los derechos fundamentales sean afectados por la acción de una autoridad. Esta ha sido la perspectiva dominante, inspirada en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, cuyo cuestionamiento del absolutismo condujo a concluir que sólo los órganos del poder político son susceptibles de afectar la esfera de derechos de los particulares. Esta visión comenzó a cambiar a mediados del siglo XX y en la actualidad son varios los sistemas, entre ellos el mexicano, que también admiten que esos derechos son vulnerables por la acción de otros particulares.

Además de la previsión concernida con la posible violación de los derechos tutelados por la Constitución, la norma suprema mexicana también contempla otro caso de posible alteración: la que atente contra el propio ordenamiento con motivo de una rebelión. En este sentido debe entenderse por rebelión lo preceptuado por el artículo 132 del Código Penal: el empleo de la violencia armada con objeto de abolir o reformar la Constitución; reformar, destruir o impedir la integración de las instituciones constitucionales, o separar o impedir el desempeño del cargo a algún alto funcionario federal. El artículo 136 no se contrae a la sanción imponible con motivo del delito; la disposición constitucional implica asimismo la posibilidad de que ese movimiento rebelde tenga éxito provisional y que en un momento posterior la Constitución recobre su observancia.

En este punto los Constituyentes de 1857 y de 1917 advirtieron la diferencia entre vigencia y positividad de la norma suprema. Al perderse las posibilidades reales de dar cumplimiento a la norma a causa de una rebelión, no se sigue que la Constitución deje de ser válida y siga en vigor, y por ende el delito cometido puede ser sancionado al restablecerse su observancia.

El artículo 136 (anterior 126) tiene una implicación jurídica, relacionada con la eficacia de la norma, y otra política, en cuanto a no legitimar, para lo sucesivo, un proceso revolucionario como el que en cada caso condujo a la integración de los Constituyentes de 1857 y de 1917. Ambos aspectos son de gran importancia pues determinar la naturaleza jurídica de la Constitución es una de las cuestiones más relevantes de un sistema normativo, y dar estabilidad al sistema constitucional representa un objetivo prioritario de las sociedades democráticas.

El problema del origen revolucionario de las Constituciones democráticas se resuelve, a partir de la Ilustración, mediante la utilización de dos constructos: la soberanía popular y el contrato social. La primera atribuye el poder máximo de decisión a la sociedad y el segundo establece los principios conforme a los cuales la sociedad actúa de manera organizada, solidaria y responsable.

Esas bases permiten entender dos tipos de procesos diferentes: el constituyente y el reformador de la Constitución. En ambos están presentes, con distintos matices, las ideas del poder soberano y del contractualismo; de ellas se desprenden las formulaciones relacionadas con los hipotéticos límites de la reforma constitucional.

Aunque es difícil establecer en qué momento surgió la primera Constitución democrática de origen revolucionario, todo indica que podemos aceptar el análisis aristotélico y concluir que el primer caso documentado corresponde a la Constitu-

ción de Solón, en 594 a. C. Según Aristóteles, [1] conforme a la primera Constitución ateniense (la "Constitución antigua"), el poder supremo recaía en una persona y las demás magistraturas eran conferidas de acuerdo con la categoría social y la riqueza. Durante largo tiempo esas magistraturas fueron asignadas de manera vitalicia; luego pasaron a ser ejercidas por periodos decenales.[2] El filósofo no precisa el tiempo histórico, aunque debió ser remoto incluso para él, pues el arconato decenal al que alude se estableció en 752 a. C. Aristóteles trabajó en los archivos atenienses pero, como es comprensible, no había documentación de la primera etapa institucional y sus características se conocían esencialmente por tradición oral.

Pese a que la dureza de esa forma arcaica de ejercicio del poder se atenuó por Dracón (alrededor de 625 a. C), no fue posible evitar la reacción popular adversa. La sublevación, explica Aristóteles, se originó en la estructura esclavista que provenía de la "Constitución antigua" y que la reforma draconiana no había modificado. Para superar la etapa de violencia las partes enfrentadas acordaron investir como árbitro y arconte a Solón.[3] La vigencia de la Constitución que dictó fue objeto de una ley adoptada varios años más tarde, transcrita por Aristóteles: "Esto es ley y tradición de los atenienses: si algunos se levantan para hacerse tiranos o ayudan a alguien a establecer la tiranía, sean privados de derecho él y su estirpe". Esta norma fue uno de los fundamentos para poner en vigor la Constitución de Solón tras de muchas vicisitudes, varias décadas después.[4] Este es el primer registro de que disponemos en cuanto a la intención de proteger la vigencia de una norma suprema, amenazada en un periodo de tensión, para evitar su desplazamiento en circunstancias análogas a las que le dieron origen.

Ahora bien, cuando la Constitución mexicana de 1857 fue adoptada, ese precedente ático no era conocido en el mundo porque el texto aristotélico apenas fue identificado y publicado por el Museo Británico en 1891. Todo indica que el principio que inspira esta norma se fue gestando a partir de la experiencia, mexicana y extranjera, y que adquirió diferentes formas de expresión. La redacción actual es original del Constituyente de 1856-1857.

II. Textos y debates constitucionales

El texto del artículo 128 aprobado en 1857 parecía contravenir el principio de soberanía popular adoptado en el artículo 39. La sección primera del título segundo de

[1] Aristóteles, *Constituciones de Atenas*, 5.1.

[2] *Ibidem*, 3.2.

[3] Las principales características de la Constitución de Solón fueron: la supresión de la esclavitud por deudas, el acceso a las magistraturas según la riqueza generada y los tributos pagados (democracia censitaria), la supresión de las deudas públicas y privadas previas, la selección de los magistrados mediante una combinación de elección (por las tribus) y sorteo (entre los elegidos), y la garantía de los derechos mediante la posibilidad de apelar ante el tribunal popular, "pues al ser el pueblo dueño del voto, se hacía dueño del gobierno". *Ibidem*, 6.1; 7.2; 8.1; 9.1.

[4] *Ibidem*, 16.10 y 34.3.

esa Constitución llevaba como epígrafe "De la soberanía nacional y de la forma de gobierno". Esta sección comprendía tres artículos: el 39, conforme al cual "El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno"; el 40, que establecía la forma de gobierno republicana, representativa, democrática y federal, y el 41, en el que se precisaba que el pueblo "ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión… y por los de los estados…".

Estos tres preceptos figuran también en la Constitución de 1917 y son importantes para comprender la intención del Constituyente de 1857. En el debate del artículo 1o. del proyecto, Ponciano Arriaga, miembro de la comisión redactora, manifestó que los derechos fundamentales propuestos representaban una limitación que el pueblo se imponía a sí mismo. "El pueblo restringe su propia soberanía, reconoce los derechos del hombre y declara que nunca puede atacarlos".[5] Es en ese contexto que también explicaba:

> La comisión no defiende el derecho de insurrección. Todos sus trabajos se dirigen a establecer la legalidad, a que todos los funcionarios tengan facultades limitadas, a que reinen el orden y la paz. Evitar insurrecciones parciales que pueden ser reprimidas, o insurrecciones generales, que consumen cambios políticos, no es obra de las Constituciones, que no pueden impedir que haya caprichos, no sólo en el pueblo, sino en las asambleas, en los gobiernos, en ciertas clases de la sociedad.

Cuando se discutió el artículo 128 este argumento ya no tuvo que ser invocado de nueva cuenta. Se puede advertir que el precepto relacionado con la inviolabilidad de la Constitución admite, como posibilidad fáctica, que una rebelión interrumpa su observancia. Como bien dijo Arriaga, no estaba al alcance de la Constitución evitar un pronunciamiento adverso a la institucionalidad, pero sí era posible que la norma estableciera las consecuencias jurídicas de esa insurrección.

En cuanto a la soberanía, la propia Constitución determinaba que se ejercería a través de los poderes constituidos. En el caso de que alguno de esos poderes infringiera la Constitución, desconociéndola, no podrían imputarse sus decisiones a la voluntad soberana sino a la responsabilidad exclusiva de los agentes que hubieran participado en los hechos contrarios a la norma. Debe tenerse presente que los representantes de la nación estaban entonces, como lo siguen estando hoy, vinculados por el juramento de observar la Constitución.

La posibilidad de alterar o modificar la forma de gobierno, aspecto que se analiza en el capítulo correspondiente a la reforma constitucional, no incluye la de legalizar las sublevaciones populares ni la de autorizar que los poderes constituidos reformen la Constitución al margen de los procedimientos fijados por ella misma.

Por otra parte, el artículo 39 faculta al pueblo, en ejercicio de su soberanía, a alterar o a modificar la forma de gobierno, pero no a afectar los derechos fundamentales. En este punto, como señaló Arriaga en nombre de la comisión, el pueblo

[5] Zarco, Francisco, *Congreso Extraordinario Constituyente*, México, I. Cumplido, 1857. Sesión del 11 de julio de 1856.

limitaba su propia soberanía. En otra etapa del debate la comisión había afirmado que "un pueblo sólo una vez se constituye".[6]

¿Cómo se llegó hasta este punto? El 1o. de marzo de 1854 fue expedido el Plan de Ayutla, desconociendo el gobierno del general Antonio López de Santa Anna, y proclamando: "La nación no puede continuar por más tiempo sin constituirse de un modo estable y duradero, ni dependiendo de la existencia política de la voluntad caprichosa de un solo hombre".[7]

De acuerdo con esa declaración el Plan incluyó el compromiso de sus firmantes en el sentido de convocar un congreso extraordinario para "constituir a la nación bajo la forma de república representativa popular". Además, se acordó que ese congreso examinaría los actos de la dictadura santannista. Cuando se integró el Constituyente, la comisión encargada de este asunto advirtió que era necesario poner fin a la tradicional propensión a los levantamientos, a los planes desconociendo la Constitución y al establecimiento de dictaduras. Por primera vez en nuestra historia se adoptaba la decisión de revisar el pasado político inmediato. Al ocurrir simultáneamente el enjuiciamiento de la dictadura y la elaboración de una nueva carta fundamental, era comprensible que apareciera una disposición que protegiera al país y al sistema constitucional de la reincidencia golpista protagonizada por Antonio López de Santa Anna.

El 16 de diciembre de 1853 Santa Anna había promulgado un decreto que constaba de tres artículos. En el primero se investía a sí mismo como presidente; en el segundo establecía su derecho a designar sucesor póstumo, y en el tercero se confería el tratamiento de alteza serenísima.[8] Cuando la comisión del Congreso Constituyente encargada de dictaminar acerca de esa ley, presentó su informe, señaló que "nunca hubo derecho para alterar las leyes fundamentales de la nación". En consecuencia, los comisionados propusieron "invalidar con leyes regulares, las leyes espurias… para demostrar que la sagrada causa de la república no sólo cuenta con la fuerza incontrastable del pueblo mexicano, sino con el apoyo eterno de la justicia y de la razón".[9]

Todo indica, por ende, que el artículo 128 (136), tuvo como causa inmediata la dictadura santannista, y la decisión de los constituyentes de evitar en lo sucesivo otro fenómeno análogo. La prevención resultaba comprensible si se tiene en cuenta que Santa Anna había ocupado y abandonado la presidencia de la república en numerosas ocasiones; unas veces de manera voluntaria y otras forzado por las circunstancias. Al mediar el siglo XIX él representaba, en todo caso, al tipo de personaje menos adecuado para la preservación de la regularidad institucional a la que aspiraban los constituyentes.

Rabasa describe el ambiente en que se desarrolló el Constituyente: "En esa situación, los hombres que tenían injerencia en la vida pública, y que fueron testigos de los acontecimientos que la formaron, habían llegado a ser suspicaces y asustadi-

---

6 *Idem*, sesión del 8 de julio de 1856.

7 Montiel y Duarte, Isidro, *Derecho público mexicano*, México, Imprenta del Gobierno, 1871, t. IV, p. 1.

8 Puede verse en: *http://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/2ImpDictadura/1853DFI.html*.

9 Zarco, *op. cit.*, sesión del 26 de junio de 1856.

zos en todo lo que se refería al poder. La historia de los gobiernos de Santa Anna, con su último capítulo de dictadura cruel y sin freno, había dejado en todos los espíritus la obsesión de la tiranía y del abuso".[10]

El proyecto de Constitución presentaba un texto casi igual al que resultó aprobado. La primera línea decía: "Esta Constitución jamás perderá su fuerza y vigor…" Al ser discutida esta parte se advirtió la rotundidad del adverbio "jamás", y se le sustituyó por el más terso "no". Lo que se pasó por alto fue la siguiente parte: "…aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia." Sin el adverbio "aun", podría entenderse que el precepto se refiere a que la vigencia de la norma no se perdería en el caso de que, por motivos de fuerza, se viera afectada su positividad. Sin embargo, se dijo más que eso: la inclusión del adverbio, puesto sin duda a manera de énfasis, dio lugar a una lectura en el sentido de que la Constitución era eterna, al negar que pudiera perder su vigencia incluso por la fuerza.[11] Por supuesto no era esta la intención y sólo fue un defecto de redacción que tampoco fue advertido en el Constituyente de 1916-1917. También se ha observado que el precepto es aplicable en los casos de rebelión interna o de invasión extranjera.[12]

El problema al que da lugar la norma lo advirtió con claridad Montiel y Duarte al señalar que "hace una declaración impracticable, pues resuelve que una rebelión triunfante contra ella no interrumpa su observancia, por no perder su fuerza y vigor por semejante causa, y establece la responsabilidad del gobierno que nazca de una rebelión triunfante que sea contraria a los principios que ella sanciona".[13]

Por otra parte no es atribuible a esa intención enfática el aparente uso tautológico de "fuerza" y de "vigor", porque en este caso vigor no se utiliza como sinónimo de fuerza sino para aludir a lo que tiene vigencia, en tanto que fuerza significa la aplicación efectiva de la norma.

III. Formación histórica del principio de inviolabilidad

Parece haber una constante que acompaña a los procesos revolucionarios. El temor de que su propio ejemplo se multiplique lleva a sus protagonistas a perfilarlos como movimientos terminales. Así se explica el enunciado de la constitución ateniense, antes mencionado, y así se pueden entender otros casos ilustrativos. La idea de la inmutabilidad de las decisiones tomadas con motivo de una revolución ha sido recurrente en diversas épocas y en los más variados regímenes. En la era moderna es probable que el más remoto antecedente lo represente la Constitución de Ginebra de 1738. Este documento es notable por varias razones: reconoció la independencia

[10] Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Revista de Revistas, 1912, p. 82.

[11] Esta cuestión fue señalada por Rodríguez, Ramón, *Derecho constitucional*, México, Imprenta del Hospicio de San Nicolás, 1875, pp. 707 y ss.

[12] Ruiz, Eduardo, *Derecho constitucional*, México, Aguilar e Hijos, 1902, p. 402.

[13] Montiel y Duarte, *op. cit.*, t. IV, p. XXVII.

del Estado y la soberanía de la república organizada conforme a un sistema democrático, enunció derechos fundamentales, reguló el estado de excepción, fijó las responsabilidades del fiscal como representante social, proscribió la tortura, proclamó una amnistía, pero, sobre todo, fue el resultado de un consenso. De ahí su denominación: Reglamento de la Mediación. Los mediadores, representantes del rey Luis XV, de Francia y los magistrados ginebrinos, acordaron que "La ley fundamental del Estado" no sería objeto de cambios en perjuicio de los gobernados (artículo 1o.), y proscribía el uso de la fuerza en contra de esa norma (artículo 43); sólo se admitía la posibilidad de realizar cambios mediante el procedimiento de reforma que ese mismo instrumento establecía (artículo 44).

Hay otra cuestión a considerar. La tradición europea, de raigambre griega, estableció el juramento como garantía de veracidad o de compromiso.[14] Jurar quiere decir, literalmente, hacerse de derecho.[15] A lo largo de la Edad Media el juramento se convirtió en la garantía de adhesión a los titulares del poder. Violar la promesa implicaba hacerse reo del delito más grave: la traición. En Francia el juramento de lealtad se hizo habitual a partir de Carlomagno (771-814);[16] en Inglaterra se institucionalizó a partir del reinado del Eduardo el Viejo, en el año 899;[17] en España ya era común en el siglo X.[18] El juramento de adhesión prestado por los nobles complementó la práctica de la unción, adoptada por la Iglesia católica para conferir a los príncipes el carácter de elegidos divinos, que con toda probabilidad se generalizó a partir del siglo VII.[19] La unción aseguraba la obediencia de los súbditos.

El primer sistema constitucional republicano que incorporó el juramento fue el estadounidense. El sistema francés de la primera Constitución republicana, de 1793, encomendaba la defensa de la Constitución a la virtud de los franceses (artículo 123), pero la de 1795 hacía más explícito el compromiso, extendiéndolo a la "fidelidad del cuerpo legislativo, del directorio ejecutivo, de los administradores y de los jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a los esposos y a las madres, a la devoción de los jóvenes ciudadanos, y al valor de todos los franceses" (artículo 377). El temor por la restauración, presente en la vida diaria, propiciaba una invocación más precisa que la sola referencia al pueblo. En esas Constituciones republicanas

[14] Una deidad, Horkos, personalizaba los juramentos, y era honrada el quinto día de cada mes. *Cfr*. Burkhart, Jacob, *The Greeks and Greek civilization*, Nueva York, St. Martin's Griffin, 1998, p. 68. Las referencias a los juramentos son frecuentes, en la *Ilíada* y en la *Odisea*; en los tiempos homéricos desempeñaban la función de un compromiso y de una verdad. El énfasis llevaba, incluso, a hablar de "gran juramento". *Cfr*. Homero, *Ilíada*, I, 233. Los versos que ofrecen la clave de la guerra troyana dicen así, en traducción de Rubén Bonifaz Nuño: "…los juramentos violaron los troyanos, y para ellos, de hoy en más, muerte y cuitas serán, pues contra los juramentos injuriaron primero" (IV, 269-272).

[15] Procede del verbo latino *iuro, iurare* (que se asocia con *ius*) y el aumentativo *mentum*.

[16] *Cfr*. Bloch, Marcel, *Feudal Society*, Londres, Rutledge & Kegan Paul, 1962, t. I, pp. 157 y ss.

[17] Jolliffe, J. E. A., *The constitutional history of Medieval England*, Londres, Adam & Charles Black, 1954, p. 106.

[18] *Cfr*. García Gallo, Alfonso, *Textos jurídicos antiguos*, Madrid, s. p. i., 1953, p. 297.

[19] *Cfr*. Bloch, Marc, *The royal touch*, Nueva York, Dorset Press, 1961. En el mundo antiguo la superioridad consistía en la imposición de la corona, como símbolo de superioridad que luego fue trasladado al cristianismo para denotar santidad. Según Bloch esta práctica, adoptada por los monarcas romanos bizantinos, procede de la antigua Persia, p. 268.

desapareció el juramento que figuraba en la de 1791; reapareció al establecerse el imperio napoleónico, en 1804.[20]

Los constituyentes de Cádiz, ante el explicable temor de ver restaurado el poder absoluto, concluyeron la Constitución con el título X, "De la observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones en ella", y establecieron (artículo 372) que en las primeras sesiones de cada periodo ordinario tomarían en consideración "las infracciones a la Constitución… para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella". El alcance de este precepto había sido definido en la formidable exposición de motivos presentada por el diputado Agustín Argüelles, el 24 de diciembre de 1811:

> Las Cortes, como encargadas de la inspección y vigilancia de la Constitución, deberán examinar en sus primeras sesiones si se halla o no en observancia en todas sus partes…
>
> La Comisión se ha visto en un conflicto para arreglar el último título de su obra. Por una parte la necesidad de calmar las inquietudes que haya suscitado el escandaloso abuso en variar su Constitución tantos estados de Europa desde la revolución francesa; por otra parte la necesidad de dejar abierta la puerta a las enmiendas y a la mejora… sin introducir en ella el principio destructor de la inestabilidad…

Otras normas supremas han optado por declaraciones contundentes para significar su inviolabilidad. Por ejemplo, la Constitución de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 1924, asentaba en su proemio "el carácter indestructible" de las decisiones de los soviets obreros. En el caso italiano, la experiencia fascista hizo que el constituyente de 1947 introdujera el siguiente párrafo final (artículo 139, XVIII): "La Constitución deberá ser observada fielmente como ley fundamental de la República por todos los ciudadanos y los órganos del Estado".[21] Esta norma ha sido de importancia para desarrollar la jurisprudencia relacionada con la protección horizontal de los derechos fundamentales. Entre las Constituciones recientes, la de África del Sur incorporó una fórmula inobjetable para asegurar la supremacía constitucional. El artículo 2 establece que la Constitución "es la suprema ley de la república; las leyes y las conductas contrarias a ella serán inválidas, y las obligaciones que impone deberán ser cumplidas".

El texto mexicano ha tenido repercusión en algunas Constituciones latinoamericanas. Por ejemplo, la hondureña de 1982 dispone en su artículo 375:

> Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de cumplirse por acto de fuerza o cuando fuere supuestamente derogada o modificada por cualquier otro medio y procedimiento distintos del que ella mismo dispone. En estos casos, todo ciudadano investido o no de autoridad, tiene el deber de colaborar en el mantenimiento o restablecimiento de su afectiva vigencia. Serán juzgados, según esta misma Constitución y

[20] En el sistema constitucional mexicano se utilizaron las voces "jurar" y "juramento" hasta las reformas introducidas en 1873 a la Constitución de 1857. A partir de entonces se emplea la expresión "protesta", por considerarla más afín con un Estado laico. Se trata de una confusión porque, como se dijo más arriba, la expresión "juramento" está vinculada con la idea de derecho (*ius*) y es muy anterior a los credos religiosos actuales.

[21] Este texto no aparecía en el proyecto de Piero Calamandrei.

> las leyes expedidas en conformidad con ella, los responsables de los hechos señalados en la primera parte del párrafo anterior, lo mismo que los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer inmediatamente el imperio de esta Constitución y a las autoridades constituidas conforme a ella. El Congreso puede decretar con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la suplantación de la soberanía popular o de la usurpación de los poderes públicos, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.

La Constitución venezolana de 1999 dice, en su artículo 333:

> Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o toda ciudadana investida o no de autoridad tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Puede apreciarse la influencia de la Constitución mexicana, aunque mejorando la utilización de las voces "vigencia" y "fuerza". Un caso diferente, de previsión de caducidad, lo ofrece el artículo 146 de la norma suprema alemana, conforme al cual la Ley Fundamental de 1949 "dejará de regir el día en que comience a regir una Constitución que haya sido aprobada libremente por el pueblo alemán". Con este precepto se subraya la decisión de haber adoptado una "Ley Fundamental", y no una "Constitución". Aunque ambas expresiones suelen ser usadas como sinónimos, cuando la Ley se discutió en Bonn se consideró que la ausencia de representantes del sector oriental del país no permitía elaborar una Constitución definitiva, sino sólo un texto provisional. La experiencia ha demostrado que esa norma se consolidó y que rige para el territorio de Alemania reunificada, pero esa prevención explica la naturaleza del artículo 146.[22]

Es importante distinguir entre las cláusulas de perennidad y las de inviolabilidad. Las primeras establecen las normas o los principios que no pueden ser reformados,[23] en tanto que las segundas sólo reiteran lo que debe entenderse como parte de cualquier orden jurídico vigente: su positividad.

IV. Inestabilidad, Revolución y Constitución

El periodo que precedió al Congreso Constituyente de 1856-1857 fue de gran incertidumbre. La prolongada y accidentada presencia de Santa Anna en el poder había

[22] *Cfr*. Hesse, Konrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1995, pp. 76 y ss.

[23] Es el caso de los artículos 79.3 de la Constitución alemana; 110, de Grecia; 281, de Guatemala; 139, de Italia; 288, de Portugal, por ejemplo.

dejado un ambiente de temores,[24] y la experiencia posterior a 1857 confirmó que había razones para recelar. Después de su partida al exilio, en 1855, Santa Anna intentó regresar al país en 1864; aunque no consiguió su objetivo, en 1866 fue visitado en su exilio de San Thomas por el secretario de Estado norteamericano, William Seward, para contemplar la posibilidad de un retorno con el apoyo de Estados Unidos; en 1867 trató de desembarcar en México, una vez más, pero con resultados adversos para sus pretensiones. Santa Anna representaba una amenaza latente que los constituyentes conocían bien.

Las décadas que precedieron al Constituyente fueron de una enorme complejidad por los altibajos de la política interna y los graves acontecimientos en cuanto a la política externa. En el periodo regido por Santa Anna el país estuvo en guerra con Francia y con Estados Unidos, hizo frente a la secesión, definitiva en el caso de Tejas y temporal en el de Yucatán, y en conjunto vio reducida casi a la mitad la extensión de su territorio. La vida institucional tampoco tuvo reposo. La profunda inestabilidad del periodo que va de 1833 a 1865 la muestra el número de veces que Santa Anna ocupó la presidencia de la República:

1. 1833: mayo 16 / junio 3 (licencia).
2. 1833: junio 18 / julio 5 (licencia).
3. 1833: octubre 27 / diciembre 15 (licencia).
4. 1834: abril 24 / 1835: enero 27 (licencia y luego renuncia).
5. 1839: enero 29 / julio 10 (interino de A. Bustamante).
6. 1841: octubre 10 / 1842: octubre 26 (licencia).
7. 1843: marzo 4 / octubre 4 (licencia).
8. 1844: junio 4 / septiembre 12 (licencia).
9. 1846: diciembre 23 / 1847: marzo 21 (licencia).
10. 1847: marzo 21 / abril 2 (licencia).
11. 1847: mayo 20 / septiembre 16 (renuncia).
12. 1853: abril 20 / 1855: agosto 12 (renuncia).

A lo largo de 22 años el militar ejerció la presidencia de manera efectiva durante seis años, tres meses y una semana, pero la irregularidad de su presencia en la jefatura del Estado, determinada en la mayor parte de los casos por su propio arbitrio, generaba una situación de extrema incertidumbre institucional. A este factor se adiciona que en el mismo periodo hubo otros quince presidentes, algunos de los cuales desempeñaron el cargo varias veces y siempre sin completar un periodo: Valentín Gómez Farías (en cinco ocasiones), Miguel Barragán, José Justo Corro, Anastasio Bustamante (en dos ocasiones), Nicolás Bravo (en dos ocasiones), Javier Echeverría, Valentín Canalizo (en dos ocasiones), José Joaquín de Herrera, Mariano Paredes y Arrillaga, Mariano Salas, Pedro María Anaya, Manuel de la Peña y Peña (en dos ocasiones), Mariano Arista, Juan Bautista Ceballos y Manuel María Lombardini.

[24] Entre 1833 y 1853 hubo por lo menos quince planes insurreccionales y pronunciamientos militares a favor de ese militar. El último, en Santa María de Zoquizoquiapan, el 14 de diciembre de 1853, lo proclamaba emperador de la nación.

Esto hace un total, incluido Santa Anna, de 16 presidentes y 35 "periodos" presidenciales en sólo 22 años.

El cuadro lo completa el número de Constituciones vigentes en esa etapa política: Constitución de 1824 (dos veces) (1824-1835; con reformas, 1846-1853), Bases Constitucionales (1835-1836), Leyes Constitucionales (1836-1842), Bases Orgánicas (1843-1846) y Bases para la administración de la república (1853-1855). Cinco en total.

Semejante inestabilidad afectaba a quienes ejercían el poder e incluso a los instrumentos normativos que lo organizaban. La decisión del Constituyente de 1856-1857 consistía, por lo mismo, en superar la etapa de los caudillos duraderos y de las instituciones efímeras. No fue fácil conseguirlo. La Constitución que fue promulgada el 5 de febrero y entró en vigor el 16 de septiembre siguiente, pudo ser la más breve de nuestra historia. Lo que se quiso evitar con el artículo 128 (136), fue lo que primero ocurrió. El 17 de diciembre del mismo año fue proclamado el Plan de Tacubaya, cuyo artículo 1o. rezaba: "Desde esta fecha cesa de regir en la República la Constitución de 1857".

El presidente constitucional, Ignacio Comonfort, impulsor de ese Plan, fue responsable de un golpe de Estado que no logró su objetivo y tuvo que ir al exilio. Conforme a lo previsto por la Constitución, Benito Juárez, presidente de la Suprema Corte de Justicia, pasó a ocupar la presidencia. Cuando Comonfort regresó al país, en 1861, contó con el apoyo del gobernador del estado de Nuevo León, quien se opuso a que fuera juzgado. Para sortear el enojoso asunto, que contravenía lo dispuesto por el artículo 128 (136), según el cual se debía juzgar "así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta", el 2 de diciembre de 1861 fue decretada una amnistía general para los participantes del Plan.[25]

Comonfort había sido un personaje apreciado; tanto, que Juan Álvarez y los demás líderes del Plan de Ayutla habían confiado en él para encabezar el gobierno de transición de la dictadura a la Constitución. Ese antecedente, más las condiciones de emergencia nacional, propiciaron que Juárez actuara con indulgencia. Por eso, buscando la unidad ante un enemigo común, poco después confirió a Comonfort el mando de tropas para combatir a los intervencionistas franceses. Murió en batalla.

Como parte del proceso de inestabilidad institucional se produjeron hechos de dudosa constitucionalidad. Se discute si el presidente Benito Juárez dio también un golpe de Estado al decretar la prórroga de su mandato en 1865, en lugar de cederlo, como disponía el artículo 82, al Presidente de la Corte. Ocurrió, sin embargo, que la Corte tampoco estaba integrada conforme a lo preceptuado por el artículo 92, pues no se habían celebrado comicios para elegir a los magistrados. Con motivo de la situación de guerra las condiciones de irregularidad constitucional eran insuperables. El Congreso, por ejemplo, desintegrado entre el 17 de diciembre de 1857 y el 9 de mayo de 1861, sólo ejerció sus facultades (artículo 72-VII) en materia tributaria

[25] Véase Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia, la República y el Imperio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1988, p. 25.

y presupuestaria a partir de 1868, once años después de haber sido promulgada la Constitución.[26]

El orden constitucional no fue roto en diciembre de 1857 por Juárez; a él más bien le correspondió actuar conforme a lo preceptuado por el artículo 128 que disponía: "…tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia…" Este restablecimiento sólo ocurrió a plenitud en 1867, cuando quedaron superados los efectos de la guerra civil y de la intervención extranjera, y el gobierno regresó a la capital del país. Mediante diversas medidas legislativas fueron conmutadas penas confiscatorias por multas; fueron rehabilitados numerosos funcionarios, abogados y notarios que prestaron servicios al imperio, e incluso se perdonó la pena de prisión a quienes habían hecho armas bajo el mando imperial.[27] Se trató de una gran acción de amnistía para auspiciar un necesario capítulo de concordia.

Analizando las circunstancias imperantes a partir del golpe de Estado de 1857, y hasta el restablecimiento de la normalidad institucional diez años más tarde, no puede hablarse de un golpe de Estado por parte de Juárez en 1865. En otras palabras, no existe la figura del golpe de Estado contra el golpe de Estado. A partir del desconocimiento de la Constitución y de la disolución del Congreso, en diciembre de 1857, se sucedieron episodios tan graves como numerosos que no permitieron regularizar la vida constitucional sino al fin de una década. No se podía inculpar al presidente de violar la Constitución cuando, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 128 (136), lo que él hacía era emplear los recursos del poder para restablecer la vigencia de la Constitución.

La contradictoria percepción de que era necesario ajustar a la Constitución las decisiones políticas, incluso las que postulaban la ruptura del propio orden constitucional, se advierte en los planes de La Noria (1871) y de Tuxtepec (1876). En el primero, del que luego se tomaron numerosos elementos en 1876,[28] Porfirio Díaz subraya que la bandera de su insurrección era "Constitución de 57 y libertad electoral"; con ese motivo ofrecía convocar una convención, al triunfo del movimiento para que formulara el "programa de la reconstrucción constitucional". Al final, convocaba a los "sinceros constitucionalistas" para que tomaran las armas a su lado.[29] Como en el caso de 1857, a los sublevados les correspondió el beneficio de una amnistía, en este caso promovida por el presidente Sebastián Lerdo de Tejada.[30]

Al comparecer ante el Congreso, el 23 de diciembre de 1876, Porfirio Díaz lo hizo como Jefe del Ejército Nacional Constitucional, encargado del poder ejecu-

---

[26] Véase los informes de Benito Juárez en *México a través de los informes presidenciales*, México, Secretaría de la Presidencia, 1976, pp. 123, 134.

[27] Cabrera Acevedo, *op. cit.*, p. 139.

[28] Esto se explica porque, según José López Portillo y Rojas, los autores de ambos planes, y de las reformas al de Tuxtepec, declaradas en Palo Blanco, se debieron a Justo Benítez, Ignacio Vallarta, Protasio Tagle y Pedro Luis Ogazón. Véase *Elevación y caída de Porfirio Díaz*, México, Librería Española, 1921, p. 103.

[29] Véase el Plan de la Noria en *Archivo del general Porfirio Díaz*, México, Elede, 1951, t. X, pp. 43 y ss. En una proclama posterior, Díaz reiteraba que enarbolaba "el estandarte tricolor en una mano y en la otra nuestra Constitución de 1857". *Ibidem*, p. 13.

[30] Julio 27 de 1872.

tivo.[31] Estableció una pauta que casi cuatro décadas después seguiría Venustiano Carranza al encabezar el movimiento constitucionalista contra la usurpación de Victoriano Huerta. En ambos casos se quiso subrayar que se trataba de un movimiento reivindicatorio de la Constitución y no adverso a ella. Se tenían presentes las disposiciones del artículo 128 (136).

El siguiente gran movimiento, uno de los mayores de nuestra historia, fue el iniciado por Francisco I. Madero en 1910. No se tuvo el cuidado, en el Plan de San Luis, que se había tenido en los precedentes de Díaz, ni el que también se observó después por parte de Carranza, en el sentido de acogerse a la defensa de la Constitución. Madero, en su convocatoria, sólo atendió al hecho ostensible del fraude electoral. Empero, los acuerdos de Ciudad Juárez, firmados el 21 de mayo de 1911 entre los representantes de Madero y del gobierno, procuraron rescatar las formalidades constitucionales. Por lo mismo, se partió de la constatación de que el presidente había manifestado su resolución de renunciar, se señaló que se disponía de "noticias fidedignas" en el sentido de que otro tanto haría el vicepresidente, y se subrayó que la presidencia, por ministerio de ley, recaería en Francisco León de la Barra, quien "estudiará las condiciones de la opinión pública en la actualidad, para satisfacerlas en cada Estado dentro del orden constitucional". Entre esos mismos acuerdos figuraba el de la disolución de las fuerzas revolucionarias. Como presidente, Madero honró el compromiso.

Venustiano Carranza asumió una estrategia distinta pues desde un principio denunció la ruptura del orden constitucional por parte de Victoriano Huerta. Felipe Tena Ramírez[32] reprueba como inmorales los actos de Huerta, pero comete el error jurídico de aseverar que, en cuanto a la asunción de la presidencia, "las formalidades constitucionales se habían observado impecablemente… por eso el gobierno de Huerta no fue de usurpación". El fundamento jurídico que aduce es insostenible, entre otras razones porque Huerta aparentó cumplir con las formalidades constitucionales cuando ya antes había violado la Constitución. Cuando el Congreso aprobó la renuncia de Madero y de Pino Suárez, y cuando se produjo la asunción de Huerta al poder *de facto*, el orden constitucional ya estaba roto, y no se puede decir que quien lo fracturó, actuó luego de manera constitucional.

Con independencia de que la conducta de Huerta fue un hecho público, el 18 de febrero de 1913 dirigió un telegrama a todos los gobernadores y comandantes militares diciendo: "Autorizado por el Senado, he asumido el poder ejecutivo, *estando presos el presidente y su gabinete*". En esa misma fecha, y antes de ser formalizado como supuesto "presidente provisional", había suscrito un acuerdo con Félix Díaz en el

[31] En su discurso, Díaz fue muy insistente en cuanto a la "reconstrucción constitucional". Véase *México a través de los informes presidenciales*, México, Secretaría de la Presidencia, 1976, pp. 151 y ss. Por otra parte, en la fase inicial del movimiento de Tuxtepec, sólo se hacía referencia al "Ejército constitucionalista". *Cfr. Archivo del general Porfirio Díaz*, México, Elede, 1951, t. XI, p. 288; más adelante se habló también de "Ejército popular constitucionalista". *Cfr. Archivo del general Porfirio Díaz*, México, Elede, 1951, t. X, p. 21.

[32] Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Jus, 1944, p. 88. La afirmación fue reiterada en todas las ediciones posteriores de la obra.

que declaraban que impedirían, "por todos los medios", el regreso de Madero al poder, así como que pondrían "todos sus empeños a efecto de que [Huerta] asuma antes de setenta y dos horas la presidencia", en "*los mejores términos legales posibles*".[33] Es evidente que las aprehensiones del presidente, al que así reconoce todavía el día 18, y del vicepresidente, constituían un golpe militar que inhabilitaba a Huerta para hacerse cargo de la presidencia porque de manera deliberada había incurrido en la violación prevista por el artículo 128 (136).

El 19 de febrero Carranza se dirigió a los gobernadores de los estados convocándolos a sostener al gobierno constitucional de Madero, mediante un movimiento al que denominó "legitimista". El 26 de marzo siguiente, en el Plan de Guadalupe, se expresaba que el ejército encargado de la defensa de las instituciones se denominaría "Constitucionalista" (artículo 4o.). A partir de ese momento quedó establecido que el factor de legitimación del nuevo movimiento armado era el restablecimiento del orden constitucional.

Fue por esa razón que en las reformas al Plan de Guadalupe (diciembre 12 de 1914) se previó la reforma de la Constitución (artículo 5o.). Con el tiempo la posición carrancista se iría alejando de la Constitución del siglo XIX. El 14 de septiembre de 1916, cuando expidió el decreto convocando al Congreso Constituyente, Carranza argumentó que con esta medida no se contravenía lo dispuesto por la Constitución de 1857, en cuanto a su reforma, porque lo preceptuado por ella (artículo 127) sólo era aplicable a los congresos ordinarios. Invocó, además, la circunstancia de que los constituyentes de 1856-1857 tampoco aplicaron los términos de la Constitución de 1824 en materia de reforma.

La razón histórica asiste a quienes, en el movimiento revolucionario, advirtieron la necesidad de una nueva carta suprema; la argumentación jurídica también es convincente. Para mantener la idea de continuidad y no de ruptura constitucional, la nueva Constitución lleva como epígrafe "Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857". Fue esta la primera vez que se empleó una fórmula semejante, declarando que una nueva Constitución reformaba una Constitución anterior, cuando en realidad la sustituía. El peso de la tradición jurídica y la preservación de numerosos preceptos llevaron a adoptar esa fórmula y una decisión significativa: se conservó la secuencia de las legislaturas iniciadas en 1857, de suerte que la legislatura instalada el 1o. de mayo de 1917 conforme a la nueva Constitución, fue la XXVI, con lo que la primera legislatura del orden constitucional vigente es la que inició sus funciones el 8 de octubre de 1857, disuelta en diciembre de ese año por Ignacio Comonfort. Como se puede ver, el movimiento constitucionalista de 1913 correspondió a un diseño político, pero también obedeció a una vocación jurídica de la que el mismo Congreso Constituyente no quiso desprenderse.

[33] El énfasis es mío. *Cfr.* Aguirre Berlanga, Manuel, *Génesis de la Revolución constitucionalista*, México, Imprenta Nacional, 1918, pp. 5 y 23.

V. Derecho de resistencia

En 1944 Felipe Tena Ramírez asoció el análisis del artículo 136 con el derecho a la revolución y concluyó de manera categórica que tal derecho no existe.[34] Desde entonces la doctrina contemporánea ha relacionado el artículo 136 con la discusión acerca del derecho a la revolución.[35] El tema fue retomado en términos coincidentes por Jorge Carpizo,[36] quien también concluyó que no puede existir un derecho a la revolución porque supondría la negación del orden jurídico mismo.

Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia[37] han señalado que existe un nuevo esfuerzo por integrar la revolución en la teoría jurídica, aunque sin resultados. En todo caso, se trata de una cuestión sugerente, sobre todo a partir de la experiencia constitucional de Portugal.[38]

Ahora bien, Tena equiparó la rebelión a la que alude el artículo 136, con una revolución. Sin embargo, el concepto de revolución tiene un carácter sociológico, relacionado con el cambio de una estructura económica, política o jurídica; suele utilizarse incluso de manera coloquial para denotar otro tipo de cambios de gran calado, en materia científica, educativa, tecnológica, por ejemplo. En el caso concernido con el artículo 136 (128), es posible contraernos sólo al sentido de la voz "rebelión", que es el utilizado por esa norma, y que sí tiene un significado jurídico.

En la época que fue acuñado el precepto, se entendía por rebelión "el levantamiento o conspiración de muchos contra la patria o el gobierno; el acto de impedir con violencia la ejecución de las órdenes emanadas de la autoridad pública". Así la definía Juan Rodríguez de San Miguel en 1837 y ese concepto fue tomado de manera literal, siete décadas después, por Antonio de Jesús Lozano.[39] El Código Penal de 1871 dedicó el título XIV a los delitos contra la seguridad interior y tipificó la rebelión (artículos 1095-1122) y la sedición (artículos 1123-1125). Cometían el primero quienes se "alzaran" de manera pública "y en abierta hostilidad" para variar la forma de gobierno, abolir o reformar la Constitución, impedir las elecciones, separar de su cargo al presidente de la República, sustraer una parte del territorio

---

[34] *Op. cit.*, p. 84.

[35] Véanse, por ejemplo, Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1973, pp. 542 y ss., y Quiroz Acosta, Enrique, *Lecciones de derecho constitucional*, México, Porrúa, 2002, t. I, pp. 121 y ss.

[36] En su ensayo "Constitución y revolución", publicado en 1970; puede consultarse en Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1980, pp. 43 y ss.

[37] *Derecho constitucional mexicano y extranjero*, México, Porrúa-UNAM, 1999, p. 102.

[38] La Constitución portuguesa de 1976 es la única que reconoce el derecho a la insurrección "contra todas las formas de opresión, especialmente contra el colonialismo y el imperialismo" (artículo 7.3). Este precepto permite que el Estado reconozca, para efectos de derecho internacional y humanitario, a grupos beligerantes que procuren la independencia o el restablecimiento de la democracia. La disposición se origina en los antecedentes coloniales de Portugal.

[39] Véanse, Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, anotado por Juan Rodríguez de San Miguel, México, Oficina de Galván, 1837, p. 597, y Lozano, Antonio de Jesús, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia mexicanas*, México, Ballescá y Compañía, 1905, p. 1038.

o de las fuerzas armadas a la obediencia del gobierno, o usurpar o impedir el ejercicio de sus atribuciones a los órganos del poder constituido.

En esos términos, en 1857 no se estableció la inmutabilidad de la Constitución sino la proscripción de acciones violentas en contra del ordenamiento constitucional, con lo que no había contradicción con el artículo 127 (135), ni con el 39. Se establecía la imposibilidad de que por vías de hecho se alcanzaran resultados que la Constitución permitía al pueblo y a los órganos constituidos del poder. La idea corriente de rebelión coincidía con la expresión constitucional y legal. Así lo prueban, entre muchos, los textos literarios, periodísticos y ensayísticos de Ignacio Manuel Altamirano, Manuel Payno, Vicente Riva Palacio, Ireneo Paz y Justo Sierra.

Es posible, por lo mismo, intentar otras dos vertientes de examen para entender el título noveno de la Constitución. Descartado el derecho a la revolución y establecido el alcance del concepto de rebelión, queda por ver si el artículo 136 (128) admitía el derecho de resistencia en relación con los gobernantes ilegítimos, como sería el caso de los que resultaran de un golpe de Estado.

No disponemos de un concepto unívoco acerca del derecho de resistencia. En términos muy amplios la doctrina admite dos variantes: la resistencia colectiva y la resistencia individual. En la primera, se produce una manifestación de voluntad de organizaciones o de contingentes humanos, de manera directa o a través de medios de expresión, en el sentido de no acatar una decisión de la autoridad; en la segunda la oposición corresponde a una persona que, por razones que le son propias, resuelve no cumplir con un comando normativo por estimarlo contrario a sus convicciones, tuteladas por el ordenamiento vigente. En ambos casos se trata de posiciones basadas en la certidumbre de que los actos desestimados afectan la esfera de derechos de los inconformes.El derecho de resistencia, del que existen numerosos ejemplos en la antigüedad, fue bien sistematizado por Althusius.[40] Señalaba las doce razones para resistir al tirano, de las que una es la más relevante desde el punto de vista de la teoría constitucional: el desconocimiento de la naturaleza contractual de las relaciones sociales. Con este fundamento afirmaba que "donde no puede haber ayuda de juez, a nosotros nos es lícito decir el derecho". Este extremo corresponde a la vulneración del ordenamiento jurídico, pero también al de anomia. En todo caso estos argumentos tendrían amplio eco en otros contractualistas posteriores como Hobbes, Locke y Rousseau, hasta encontrar su primera expresión moderna en la Constitución ginebrina mencionada más arriba y, con mayor contundencia, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en la Constitución francesa de 1793.[41] Está ahí el fundamento teórico y el desarrollo normativo de ese principio.

En Alemania, la Constitución establece: "Todo alemán tendrá el derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra cualquiera que se proponga elimi-

[40] *Política*, capítulo XXXVIII. Puede verse la edición española, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 579 y ss.

[41] El artículo 2o. de la Declaración de 1789 decía: "El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión". La Constitución de 1793, en su artículo 9o., estableció: "La ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión de los que gobiernan".

nar el orden constitucional" (artículo 20.4). Hesse advierte la extrema amplitud de este precepto, que puede conducir a la justificación de acciones incluso de naturaleza preventiva ante una supuesta posibilidad de ruptura constitucional. Por lo mismo, aboga por una interpretación de este derecho de resistencia tan restrictiva como sea posible.[42] A su vez la Constitución portuguesa prescribe: "Todos tienen derecho a resistir cualquier orden que atente contra sus derechos, libertades y garantías, y a repeler por la fuerza cualquier agresión, cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública" (artículo 21). Como bien señala J. J. Gomes Canotilho,[43] este precepto no incluye el derecho colectivo de resistencia.

VI. Análisis del artículo 136

Veamos ahora, con mayor detalle, el contenido del único precepto que integra el título final de la Constitución.

a) *Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor,*

Se alude aquí a la vigencia de la Constitución. Esto significa que sus efectos jurídicos se siguen produciendo no obstante que se produzcan situaciones de hecho que obstaculicen o impidan su aplicación. Esta parte es relevante desde dos perspectivas: la histórica, porque denota la continuidad del Estado constitucional, y la jurídica, porque significa que subsisten los compromisos internacionales del Estado y que las responsabilidades de los titulares del poder también se mantienen. Por lo anterior, conforme a la Constitución no se puede hablar de una "República restaurada" a la conclusión de la intervención francesa, porque en el orden jurídico e incluso en la realidad la República nunca cesó de existir. Por otro lado, con excepción de los factores que impidan la normalidad constitucional, los titulares de los órganos del poder siguen siendo responsables de los actos o de las omisiones que les sean atribuibles.

b) *aun*

Este adverbio indica que la previsión de rebelión que se expresa a continuación no es la única causa que puede afectar la observancia de la Constitución.

c) *cuando por alguna rebelión*

Como se vio en la sección IV de este ensayo, se entiende por rebelión un delito, no un movimiento revolucionario de carácter social; de ninguna manera se reconoce

[42] *Op. cit.*, pp. 547 y ss.

[43] *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina (2003), p. 512.

ni se establece el derecho a la revolución. La utilización del adverbio "aun" permite colegir que el legislador puede tipificar otros delitos que afecten la regularidad de la vida constitucional, además de la rebelión; de manera general debe entenderse que la expresión "rebelión" incluye la gama de delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado que la legislación penal ha desarrollado desde 1871.

d) *se interrumpa su observancia.*

La interrupción a la que se refiere concierne a la totalidad de la Constitución. No se debe confundir con la suspensión del ejercicio de algún o de algunos derechos a que alude el artículo 29, ni con la posible violación de derechos fundamentales o de otros preceptos constitucionales, cuya garantía corresponde a los tribunales en los términos de los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución. Interrumpir la observancia de la Constitución significa que sigue en vigor, porque no ha sido reformada conforme al artículo 135, pero ha dejado de producir sus efectos por virtud de un acto de fuerza. Esta disposición rige en los casos de afectación transitoria de la Constitución; se alude expresamente a una "interrupción", de ninguna manera se implica que se trate de una cláusula de perennidad conforme a la cual la Constitución regiría para siempre. Por eso tampoco hay contradicción con lo dispuesto por el artículo 39. Por otra parte, esta cláusula de observancia corresponde a la inviolabilidad general de la Constitución, porque las violaciones en particular tienen remedio por la vía jurisdiccional. Los constituyentes de 1856-1857 no advirtieron que en 1847 había sido creada una acción de inconstitucionalidad, con un ostensible sentido federalista, que podía haberse depurado.[44]

e) *En caso de que por cualquier trastorno público,*

A partir de esta segunda parte del texto se prevé una situación diferente a la consignada en la primera parte. La anterior, que puede leerse de una manera autónoma, alude sólo a la permanencia de la Constitución mientras no sea modificada mediante el procedimiento que ella misma establece. La segunda parte del artículo se refiere a que la observancia de la Constitución también puede verse afectada por un golpe de Estado. La diferencia consiste en que la rebelión es un delito cometido en contra del Estado por personas ajenas él, en tanto que el golpe de Estado consiste en el desconocimiento del orden constitucional por parte de alguna autoridad

[44] El Acta de Reformas establecía: Artículo 22: "Toda ley de los estados que ataque la Constitución o las leyes generales, será declarada nula por el Congreso; pero esta declaración solo podrá ser iniciada en la Cámara de Senadores"; artículo 23: "Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso general, fuere reclamada como anticonstitucional, o por el presidente, de acuerdo con su ministerio, o por diez diputados o seis senadores, o tres legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley a examen de las legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto"; artículo 24: "En el caso de los dos artículos anteriores, el Congreso general y las legislaturas a su vez, se contraerán a decidir únicamente si la ley de cuya invalidez se trate es o no anticonstitucional…".

constituida. Otro tanto se podría decir del caso de una invasión extranjera. En todo caso, la redacción del precepto no permite entender que una calamidad de la naturaleza pudiera poner en peligro la continuidad de la Constitución. Por "trastorno público" sólo puede entenderse la decisión deliberada de afectar la vida constitucional.

f) *se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona,*

Esta parte suscita diversas dudas; la más importante es acerca de qué debería entenderse por "principios" constitucionales. Este es un asunto sujeto a interpretación, pero del contexto general de este artículo se puede inferir que alude a los que aparecen en el título segundo de la Constitución, supuesto que ahí se determina la forma de gobierno. En esos mismos términos debe entenderse que cuando se hace referencia a "un gobierno contrario a…" no se alude a quienes ocupen la titularidad de los cargos de elección, sino que se hace referencia a una forma de gobierno opuesta a la república representativa, democrática y federal, como era la de 1857, a la que se agrega la laicidad a partir de la reforma de 2012. Por supuesto, no se implica que esas formas sean inmutables y que, por la vía del artículo 136, se establezca una limitación a la reforma constitucional; el precepto sólo atiende a la proscripción de acciones llevadas a cabo por las vías de hecho. Lo que se tutela es que no se produzca un cambio en las formas de gobierno que no sea adoptado con fundamento en el artículo 39 y observando lo dispuesto por el 135. La posibilidad de que los titulares de los órganos del poder respeten esos principios, pero asuman sus funciones por vías irregulares (fraude electoral, golpe de Estado, usurpación de funciones, por ejemplo), queda asimismo proscrita, como se vio en el inciso anterior.

g) *tan luego como el pueblo recobre su libertad,*

Se considera que al producirse un trastorno público que afecte la forma de gobierno el pueblo habría quedado privado de su libertad. Esta circunstancia tampoco abre un espacio para ejercer el derecho a la revolución supuesto que de lo que se trata es de lo contrario: de restaurar el orden constitucional. Lo que esta expresión permite inferir es que, cuando se produzca la afectación de ese orden, surge el derecho a la resistencia en contra de una posible usurpación. En este punto se plantea que la pérdida de legitimidad de las autoridades, legitima a su vez al pueblo para procurar "su libertad" mediante el restablecimiento del orden constitucional quebrantado. Por supuesto, se presenta el problema de determinar cuál es el concepto de pueblo que la Constitución adopta. Si se tiene en cuenta que los autores del proyecto de la Constitución de 1857 y otros muchos miembros de la asamblea conocían a detalle la tradición constitucional francesa, es muy probable que hayan tenido presente la definición de pueblo que aparece en el artículo 7o. de la Constitución de 1793: "el pueblo soberano es la universalidad de los ciudadanos franceses". Pueblo, pues, en este caso sería la universalidad de los ciudadanos mexicanos. Por otra parte, si se entendiera que el precepto dispone que el pueblo espere en paz hasta recuperar

su libertad, se estaría consintiendo una situación de hecho adversa al orden constitucional. La libertad recuperada a que alude este artículo es la gama de derechos consignados por la norma suprema. En este fragmento la Constitución atribuye al pueblo la libertad de luchar por lograr ese restablecimiento, lo cual a su vez supone desconocer la autoridad del ocupante o de los ocupantes sin derecho del poder. La expresión "tan luego como", que aparece en este fragmento, indica que la consecuencia (restablecer la observancia de la Constitución), es un hecho jurídico inmediato que acompaña al cambio de situación de los gobernados y que no se requiere una declaración especial para reanudar la eficacia constitucional.

h) *se restablecerá su observancia,*

El problema que se contempla no concierne a la vigencia sino a la positividad de la Constitución. Esta es una distinción importante, porque se trata de un tema que la teoría del derecho no había desarrollado todavía. Las cuestiones de la validez, relacionadas con la forma de elaboración de una norma; de la vigencia, en cuanto a la posibilidad de ser aplicada, y de la positividad o eficacia, en la medida que esa norma es cumplida, apenas fueron analizadas a partir del siglo XX. Las tesis de Rudolf Stamler sustentadas en 1922,[45] y de Hans Kelsen, en 1934,[46] son emblemáticas de la discusión sobre este tema crucial de la teoría. Sin embargo, lo que sí conocían bien los constituyentes mexicanos del siglo XIX era el pensamiento de John Locke, y son sus ideas las que están presentes en esta parte del texto constitucional.[47] Es evidente que este fragmento plantea considerables problemas teóricos que los constituyentes no pudieron considerar y que para nosotros podrían generar dificultades interpretativas en tanto que parecería implicar que al interrumpirse la observancia de la norma el pueblo ejercería una libertad absoluta, como la hipótesis de un momento previo al pacto fundacional que da origen a la norma suprema, y que cuando "recobra su libertad", en realidad es porque deja de ejercerla en toda su extensión. Para encontrar una solución al problema se puede señalar que el artículo 136 prevé la interrupción generalizada de la Constitución como resultado de un acto de fuerza, pero no releva al pueblo de su vínculo con esa norma suprema. De no ser así el precepto sería absurdo porque propiciaría un proceso sucesivo de actos adversos al orden constitucional.

---

45 Traducido por Wenceslao Roces como *La génesis del derecho*, Madrid, Calpe, 1925, pp. 43 y ss.

46 *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1965, pp. 35 y ss., y 140 y ss. La segunda edición del autor, traducida por Roberto J. Vernengo (México, UNAM, 1979) no presenta cambios significativos en esta materia.

47 *Two treatises on civil Government*: "Ningún edicto, no importa cómo esté redactado o por qué poder sea apoyado, tiene la fuerza y el vigor de una ley si no ha sido aprobado por el órgano legislativo elegido y nombrado por el pueblo, y sin lo cual la ley carecerá por completo de lo que es necesario para serlo: el consentimiento de la sociedad… toda la obediencia que cada uno está obligado a rendir, se apoya en último término en ese supremo poder (del pueblo) y está regida directamente por las leyes que él establece" (II, xi, 134); "En tanto que las leyes se hacen con rapidez pero tienen una duración constante y prolongada, y requieren de una observancia ininterrumpida, se hace necesario que exista un poder continuo que cuide de su ejecución mientras estén en vigor" (II, xii, 144).

i) *y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido,*

La legitimidad de los órganos del poder y la legalidad recuperadas implican que no se hagan excepciones por cuanto a los principios del Estado de derecho. Conforme a este fragmento se asegura la repristinación por virtud de la cual las normas en vigor previas al episodio que ocasionó la interrupción constitucional readquieren su aplicabilidad. Este fragmento es consistente con la prohibición de retroactividad dispuesta por el artículo 14.

j) *serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.*

La experiencia muestra que en algunos casos se ha optado por la amnistía,[48] en otros por el indulto, y en los menos por sanciones rigurosas. Este fenómeno indica que las rupturas que han sido superadas pudieron contar con la simpatía e incluso el apoyo de una parte de la población, y que para evitar tensiones adicionales que impidan la reconciliación se ha preferido actuar con indulgencia.

VII. Consideraciones finales

Hay una idea básica que aparece, expresa o implícita, en todas las definiciones de Constitución: es la norma que confiere validez a todo el sistema jurídico de un Estado. En ese sentido, la Constitución es una norma jurídica en tanto que sirve de fundamento al conjunto del ordenamiento. La Constitución, a su vez, procede de un acto fundacional llevado a cabo por el poder constituyente. Este poder, ejercido por el pueblo de manera directa o a través de sus representantes, tiene que ser un poder jurídico, pues de otra manera no podría crear derecho. Sólo el derecho, o las conductas jurídicas, pueden generar derecho. Siendo así, los enunciados que conforman la Constitución son de cumplimiento inexcusable, como lo son las normas que de ella derivan. Esto es, en síntesis, lo esencial del artículo 136 constitucional.

El Constituyente de 1857 construyó esa norma pensando en evitar una recaída dictatorial; pero en la actualidad el precepto puede tener un nuevo alcance, conforme a un proyecto constructivo que permita basar en el artículo 136 nuevas formas de control político del poder, de contenido democrático.

En un sistema constitucional democrático existe el riesgo de que los órganos del poder político incurran en excesos. Para matizar esa posibilidad en algunos sistemas se han adoptado instrumentos de democracia semidirecta, como la iniciativa popular, la acción popular, la revocación del mandato, el referéndum y aun el plebiscito.

[48] Las más significativas son las mencionadas en el numeral 4. Con posterioridad, sin que se haya producido un caso de interrupción total como el previsto por el artículo 136, han sido adoptadas leyes de amnistía el 30 de diciembre de 1940, el 28 de septiembre de 1978, y el 22 de enero de 1994.

Esos mecanismos denotan una tendencia en el sentido de dotar a la ciudadanía de medios de participación en la toma de decisiones.

Sin embargo, esas opciones implican un doble riesgo: pueden afectar al sistema representativo e implicar la implantación de una democracia de naturaleza mayoritaria. El sistema representativo no es una panacea, pero al menos permite estructurar un sistema de partidos que facilita a los ciudadanos diversos niveles de intervención en la política, y hace viable un sistema razonable de controles políticos entre el gobierno y el Congreso. Por su parte, la democracia mayoritaria es un riesgo potencial para los grupos minoritarios, entre ellos los religiosos, lingüísticos, étnicos y sexuales.

El Estado constitucional democrático contemporáneo tiene una vocación pluralista conforme a la cual las reglas adoptadas por la mayoría no pueden preterir ni conculcar derechos de las minorías. Incluso los sistemas electorales de componente proporcional significan un correctivo frente a las concepciones tradicionales de que sólo la mayoría gobierna.

Una relectura constructiva del artículo 136 constitucional permitiría cimentar un nuevo tipo de instituciones que pusieran a la sociedad a resguardo de decisiones contrarias al ordenamiento constitucional. Una interpretación razonable del artículo 136 auspiciaría que la sociedad experimentara una mayor integración con el texto constitucional. Si se entiende que la Constitución, como norma que tutela principios, valores, actitudes y conductas compartidos, se admitirá que, atribuyendo un sentido dinámico a la interpretación del artículo 136, conjugado con el 39, se tendrá algo más que una perspectiva abstracta de la soberanía popular y algo menos que una visión rígida, circunstancial y hasta pintoresca de la inviolabilidad constitucional.

La garantía del derecho de resistencia estaría en la legitimación para que la sociedad pudiera activar el control abstracto de constitucionalidad, mediante la acción popular de inconstitucionalidad. En este caso la resistencia tendría una canalización jurídica y no fáctica. De no dársele una interpretación constructiva al artículo 136, nos encontraríamos ante una situación límite que haría imposible la aplicación del precepto, por insuficiencia de instrumentos para ejercer el derecho que confiere, o de extremo subjetivismo, que permitiría a los diferentes miembros de la sociedad actuar sin cortapisas. Si la interpretación de que las autoridades han transgredido el ordenamiento constitucional se deja al arbitrio de los gobernados, se está en el riesgo de que la norma propicie la disrupción del orden que ella misma pretende tutelar.

Conforme al artículo 136, corresponde al pueblo en libertad determinar la observancia de la Constitución. A diferencia del artículo 39, que perfila el alcance del poder soberano, en el 136 se encuentra el germen de una función interpretativa de amplio alcance. Este precepto, que ha permanecido en un nivel de latencia por más de un siglo y medio, puede significar una clave para ir forjando lo que Peter Häberle denomina "una sociedad abierta de los intérpretes constitucionales". Observar la Constitución es interpretarla; estar conscientes de la naturaleza normativa de una disposición es parte de su "fuerza y vigor".

He intentado explorar las causas que motivaron esta norma y a continuación examiné la forma como los mismos procesos revolucionarios se amoldaron a la disposición constitucional. No es necesario modificarla, porque su sentido actual y futuro depende de lo que la sociedad misma esté dispuesta a aportar. Lo importante es que un texto fraguado como respuesta a la inestabilidad política del siglo XIX pueda ser utilizado para estimular la movilidad institucional en el siglo XXI.

Una de las formas de resistencia es la desobediencia civil. John Rawls postula la viabilidad de ejercerla sólo ante las autoridades de un Estado constitucional.[49] Los problemas para la teoría constitucional que él plantea en este caso, son tres: distinguir entre la desobediencia y otras formas de oposición a la autoridad democrática; establecer la relación entre la desobediencia y otras formas de defensa de los derechos, y determinar qué función desempeña la desobediencia en una sociedad libre. Jürgen Habermas[50] coincide con Rawls en cuanto que la desobediencia sólo se puede registrar en un Estado constitucional, y agrega un factor: se ejerce "a partir de la circunstancia de que las normas legales de un Estado democrático pueden ser ilegítimas".

La cláusula de resistencia que consagra el artículo 136 no puede entenderse como una convocatoria al desacato, sino como un principio conforme al cual es posible que la sociedad promueva la defensa de la Constitución ante el órgano de control que la propia Constitución ha creado para ese propósito: el tribunal constitucional. Si se admite que la condición para que se restablezca la observancia de la Constitución es que "el pueblo recobre su libertad", no puede negarse que el mismo pueblo actúe de manera preventiva cuando todavía es libre, supuesto al que aluden Rawls y Habermas.

Como varios autores observan, algunas variantes de la resistencia se han ido institucionalizando. La forma por excelencia contemplada por las Constituciones es la objeción de conciencia,[51] aunque ya se ha visto que las Constituciones alemana y portuguesa acogen variantes más amplias de resistencia. Se trata, por ende, de casos relacionados con la resistencia colectiva y con la individual. Dentro de esa tendencia que ya se advierte, cabría interpretar que el artículo 136 ofrece cabida a la posibilidad de que la sociedad participe en el control de la Constitución, dándole legitimación para promover controversias constitucionales cuando estime que ha habido, por parte de los órganos del poder, actos o decisiones contrarios a los principios que la Constitución sanciona.

---

[49] *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, pp. 404 y ss.

[50] "La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de derecho", en *Ensayos políticos*, Barcelona, Península, 1988, pp. 51 y ss.

[51] Véase Ugartemendia, Juan Ignacio, *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 120 y ss.

LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Estefanía VELA BARBA

SUMARIO: I. *Los derechos sexuales y reproductivos en la Constitución mexicana*. II. *El constitucionalismo mexicano desde los derechos sexuales y reproductivos*. III. *Bibliografía*.

Este es un ensayo que se enmarca dentro de la reflexión por el centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada en 1917. El punto de partida, por lo tanto, es el texto constitucional en sí. Desde aquí, son dos las preguntas principales que guían este ensayo. La primera es: ¿qué dice o qué no dice la Constitución sobre "los derechos sexuales y reproductivos"? La segunda, que se derivará de la anterior, es: ¿qué discusiones constitucionales más amplias están implicadas en el debate por estos derechos? En otras palabras: ¿por qué el debate por los derechos sexuales y reproductivos puede ser interesante y relevante para quienes no se especializan en ellos pero tienen, de cualquier forma, un interés en la Constitución y los derechos humanos?

El ensayo, por lo tanto, está dividido en dos grandes apartados: el primero se intitula "Los derechos sexuales y reproductivos en la Constitución mexicana", mientras que el segundo se llama "El constitucionalismo mexicano desde los derechos sexuales y reproductivos". En el primero ofrezco una conceptualización de los derechos sexuales y reproductivos, a partir del texto constitucional y de distintos tratados internacionales.[1] En el segundo, ofrezco algunas reflexiones sobre el constitucionalismo mexicano a partir de los debates más comunes que se han suscitado en torno a estos derechos, a saber: que éstos no existen; o que, si existen algunos derechos

[1] Doy por sentado que el texto constitucional mismo incorpora a los tratados internacionales al marco *constitucional* de los derechos humanos que rige para todo el país. En otras palabras: doy por sentado que, hoy, si se quiere hacer un análisis "constitucional" de algún derecho humano, se tienen que incluir a los tratados internacionales en el estudio. Sé, por supuesto, que pueden existir puntos de "contradicción" entre el texto constitucional y los tratados internacionales que ameritan toda una discusión sobre cuál, exactamente, es la relación entre uno y otros, pero por ahora dejaré esos debates de lado. Para efectos de este tema, asumo que la Constitución y los tratados son un mismo cuerpo normativo que hay que interpretar de manera armónica.

que protegen la sexualidad y la reproducción, de ellos no se pueden derivar ciertos derechos específicos, como lo son el acceso a la educación sexual integral para niños y niñas o al aborto, por ejemplo.

La cuestión no es menor. En un país en el que el embarazo adolescente,[2] la violencia sexual en contra de niños y niñas y la discriminación que padecen los niños y niñas LGBT,[3] en específico, son un problema público, la necesidad de garantizar la educación sexual integral y libre de estereotipos debería ser obvia. Pero no lo es. Si es que los niños y las niñas tienen acceso a algún tipo de educación sexual, ésta tiende a ser mínima y a estar reducida a lo "biológico". Cuando se propone cambiar este estado de cosas, nunca faltan las fuerzas que se oponen a él. Y, como lo demuestra el proceso de aprobación de la Ley General de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes,[4] la disputa, muchas veces, se articula en torno al *término* "derechos sexuales y reproductivos". La iniciativa original de esta ley incluía un artículo en el que se hablaba del derecho de los niños y niñas a recibir información sobre sus "derechos sexuales y reproductivos". Temerosos del término y de sus implicaciones (¿existían? de reconocerlos, ¿se estaría legalizando la pederastia? ¿se estarían abriendo las puertas a enseñarles a los niños pornografía en las escuelas?), los diputados prefirieron sustituirlo por el de "salud sexual y reproductiva".

Para el caso del aborto, ocurre algo similar: si bien existe un amplio reconocimiento de que la Constitución otorga un "derecho a decidir" —negarlo es imposible: ahí está en el artículo 4o. constitucional—, la disputa gira en torno a la interpretación y el alcance de este derecho. Muchas personas niegan que otorga un "derecho al aborto", dado que la Constitución *no* utiliza esos términos. Y, a pesar de que la Suprema Corte ha resuelto múltiples casos en la materia, la interrogante constitucional parece seguir abierta, dado que la Corte, incluso avalando la despenalización de la interrupción del embarazo en el primer trimestre, nunca refirió a un "derecho a abortar" en sí.

La pregunta clave es: ¿importa? ¿Importa que la Constitución explicite con todas sus letras un derecho a abortar o un derecho a recibir educación sexual integral para niños y niñas? La interrogante puede ampliarse: ¿es necesario que la Constitución reconozca "el derecho de dos personas del mismo sexo a casarse entre sí" para que se considere resuelta la cuestión? ¿Tiene que prohibir la Constitución

---

[2] Stern, Claudio, *El problema del embarazo en la adolescencia: contribuciones a un debate*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, 2012. De Jesús-Reyes, D., "Comportamiento sexual y reproductivo de las mujeres adolescentes en México: evolución, situación actual y retos para el futuro", *Journal of the Institute of Iberoamerican Studies*, vol. 16, núm. 1, 2014, pp. 165-208. Disponible en: *http://www.lakis.or.krwww.lakis.or.kr/upload/userFile/2014/10/13/06-David_de_Jesus-Reyes_Comportamiento_Sexual_y_Reproductivo_de_las_Adolescentes_en_Mexico3.pdf*.

[3] Baruch-Domínguez, R. *et al.*, "Homophobic Bullying in Mexico: Results of a National Survey", *Journal of LGBT Youth*, 13:1-2, 18-27, 2016. YAAJ México, Resultados de la Encuesta Nacional sobre Discriminación y Juventudes LGBTI, México, 2016. Disponible en: *https://issuu.com/yaajmexico/docs/encuesta-baja*. Mendoza, J. C. *et al.*, *Principales resultados del diagnóstico situacional de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, trasvestis, transexuales, intersexuales y queers de México*, México, UAM y otros, 2015.

[4] Vela Barba, E., "¿Derechos sexuales y reproductivos? ¿¡DE NIÑOS Y NIÑAS!?" *Animal Político: inter(sex)iones*, 4 de noviembre de 2014. Disponible en: *http://www.animalpolitico.com/blogueros-intersexiones/2014/11/04/derechos-sexuales-y-reproductivos-de-ninos-y-ninas/#_edn2*.

la discriminación por "identidad" y "expresión" de género para considerarla oficialmente proscrita? ¿Importa que la Constitución refiera a los "derechos sexuales y reproductivos" para considerar que existen? La respuesta es que no. Existen suficientes elementos en la Constitución y en los tratados internacionales para reconocer que los "derechos sexuales y reproductivos" en México están protegidos. Y que esos "derechos sexuales y reproductivos" abarcan muchas de las cuestiones que hoy se consideran aún sujetas a debate, como la educación sexual integral de niños y niñas, el derecho de las personas a que su identidad de género sea reconocida, el derecho de las parejas del mismo sexo a casarse y a adoptar e incluso el derecho de las mujeres a interrumpir sus embarazos. Todo depende, en última instancia, de cómo se entienda el texto constitucional y cómo se le interprete, como espero mostrar a continuación.

I. Los derechos sexuales y reproductivos en la Constitución mexicana

1. *¿"Derechos sexuales y reproductivos"?*

Primero es lo primero: la Constitución no incorpora el *término* "derechos sexuales y reproductivos"; tampoco refiere a los "derechos sexuales" o a los "derechos reproductivos", en lo individual. Esto es imposible negarlo: basta una lectura del texto en sí para darse cuenta que estos conceptos, como tales, no forman parte de él. Si se analizan los tratados internacionales de derechos humanos,[5] tal y como lo mandata la Constitución, resulta imposible encontrar estos términos. Esta ausencia, sin embargo, no quiere decir que en el orden constitucional mexicano no están incorporados distintos derechos que protegen a la sexualidad y a la reproducción.

Si se entienden a los "derechos sexuales" y a los "derechos reproductivos" como los derechos que protegen a la sexualidad y a la reproducción, por supuesto que forman parte del orden constitucional. La sexualidad y la reproducción están protegidas por múltiples derechos, como lo están otros aspectos de las vidas de las personas (como el laboral y el familiar, por ejemplo). La discrepancia entre lo que la Constitución protege y cómo explicita esa protección es terminológica nada más y puede entenderse ahondando en la historia misma del término "derechos sexuales y reproductivos".

[5] Estoy incluyendo en este análisis al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (abordaré su artículo 16, párrafo 1, inciso e más adelante), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (abordaré su artículo 23, párrafo 1, inciso b más adelante).

Este término se empezó a utilizar especialmente a partir de los ochenta; lo mismo ocurrió con los conceptos "derechos sexuales"[6] y "derechos reproductivos", en lo individual.[7] Las referencias a los términos separados, de hecho, son tan comunes como las que los agrupan. Y esto tiene sentido: la sexualidad y la reproducción intersectan, pero no son equivalentes. Hay ámbitos de la sexualidad que rebasan la reproducción, como hay aspectos de la reproducción que rebasan a la sexualidad.

Los términos surgieron como una estrategia por parte de activistas —por lo general, feministas y del movimiento *gay*— para visibilizar de qué forma la reproducción y la sexualidad ya estaban protegidas por el régimen de derechos humanos. Utilizar el mote "derechos sexuales" era una forma de aprovechar la legitimidad de la que estaban gozando los derechos humanos en el momento y señalar cómo éstos también aplicaban para la sexualidad. Lo mismo tratándose de la reproducción: hablar de "derechos reproductivos" era una forma de transmitir el mensaje de que el régimen de los derechos humanos aplicaba para estos asuntos. Desde entonces, los términos han proliferado en múltiples escenarios, incluidos los académicos, activistas e incluso jurídicos, especialmente a nivel internacional, en el llamado *soft law*.[8]

¿Todo esto quiere decir que antes de las décadas de 1980 y 1990 no existía una lucha relacionada con la sexualidad y la reproducción? Por supuesto que no. Si se toma como referente el movimiento *gay*, las estrategias y las luchas preceden a estas

---

[6] Susana T. Fried hace un análisis de la bibliografía existente sobre los derechos sexuales y prácticamente toda es de los noventa en adelante (incluida la de América Latina). Fried, Susana, "Sexuality and Human Rights", *Health and Human Rights*, vol. 7, núm. 2, 2014, pp. 273-304.

[7] Según Teresita de Barbieri, fue a inicios de los ochenta cuando surgió el movimiento "por los derechos reproductivos de las mujeres", desde el feminismo, utilizando el paraguas de la salud y de los derechos humanos. De Barbieri, Teresita, "Derechos reproductivos y sexuales. Encrucijada en tiempos distintos", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 62, núm. 1, 2000, p. 51.

[8] Para los derechos reproductivos, un punto clave fue el Programa de Acción aprobado en 1994 en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo (que dedica su capítulo VII a los "derechos reproductivos y salud reproductiva"). Para un análisis de cómo se han ido incorporando estos derechos al derecho internacional, véase Shalev, C., "Rights to Sexual and Reproductive Health. The ICPD and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women". Paper presented at the International Conference on Reproductive Health, Mumbai, 15-19 March 1998. Disponible en: *http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/shalev.htm*. Naciones Unidas, Reproductive Rights are Human Rights. A Handbook for National Human Rights Institutions. UNFPA-The Danish Institute for Human Rights-United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, 2014. Disponible en: *http://www.ohchr.org/Documents/Publications/NHRIHandbook.pdf*. Gebhard, J. y Trimiño, D., "Reproductive Rights, International Regulation", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, and Oxford University Press, 2012. Disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r16912.pdf*. Cook, R. y Undurraga, V., "Article 12 [Health]", en Freeman, M. *et al.* (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012. Para un análisis de la historia de los "derechos sexuales" en el derecho internacional, véase Miller, A., "Sexual but not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights", *Health and Human Rights*, vol. 4, núm. 2, 2000. Disponible en: *http://www.eldis.org/fulltext/Miller_sexual-but-not-reproductive.pdf*. Miller, A. y Roseman, M., "Sexual and Reproductive Rights at the United Nations: frustration or fulfillment?", *Reproductive Health Matters*, vol. 19, 2011a. Parker, R. *et al.* (eds.), *Políticas sobre sexualidad. Reportes desde las líneas del frente*, México, Sexuality Policy Watch-Fundación Arcoiris por el Respeto a la Diversidad Sexual-Grupo de Estudios sobre Sexualidad y Sociedad, 2008. Disponible en: *http://sxpolitics.org/es/wp-content/uploads/sites/3/2016/03/sexpolitics-en.pdf*.

décadas. Lo mismo puede decirse del movimiento feminista y su lucha en torno a la autonomía reproductiva. *Cómo* deciden articular sus luchas es lo que cambia de tiempo en tiempo y de lugar en lugar. El que hayan decidido utilizar el paradigma de los derechos humanos y utilizarlo *de esta forma* —con los términos "derechos sexuales" y "derechos reproductivos"— es lo que cambió en los ochenta y en los noventa.

Ahora, ¿esto significa que los "derechos sexuales" y los "derechos reproductivos" representan y agotan las estrategias y luchas de movimientos así? Por supuesto que no. Hoy, por ejemplo, desde ambos campos —el de la sexualidad y el de la reproducción— existen quienes critican la insuficiencia del marco de los derechos humanos para generar cambios y están desarrollando nuevos puntos de referencia para la acción.[9] Quienes se articulan desde "la *justicia* reproductiva" —y no "los derechos reproductivos"— son un ejemplo de ello.[10]

Si se entiende el término "derechos sexuales y reproductivos" como uno estratégico, cabe, por supuesto, hacer una reflexión sobre su utilidad, conforme a sus propios objetivos: ¿ha logrado "normalizar" la idea de que la sexualidad y la reproducción también son ámbitos protegidos por los derechos humanos? La respuesta a esta interrogante espero abordarla en alguna otra ocasión. Por ahora, valga simplemente apuntar a ella.

2. *Derechos sexuales y derechos reproductivos en el constitucionalismo mexicano*

Más allá de cómo se *nombran*, existen distintos derechos en el orden jurídico mexicano que protegen a la sexualidad y a la reproducción. Haciendo un análisis de la Constitución, junto con los tratados internacionales de derechos humanos, los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, voy a enfocarme en tres derechos "paraguas" que tutelan múltiples aspectos de la sexualidad y de la reproducción: el derecho a la libertad, a la salud y a la igualdad. Entre los tres, como espero demostrar, muchas de las disputas actuales en torno a los "derechos sexuales y reproductivos" quedarían potencialmente resueltas, al menos desde una perspectiva constitucional.

Espero que con este apartado quede claro que los derechos sexuales y reproductivos son, precisamente, como todos los otros derechos incorporados al orden jurídico mexicano: concretos (al menos más de lo comúnmente imaginado) y exigibles. Espero que quede claro, después de esta exposición, que así como el trabajo, la expresión, la familia, la integridad física y la apariencia están protegidas por el derecho y los derechos de múltiples maneras, la sexualidad y la reproducción lo están también. Que, a pesar de lo que a veces se sugiere, la sexualidad y la reproducción,

---

[9] Véase, por ejemplo, Spade, D., *Normal Life. Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of the Law*, Estados Unidos, Duke University Press, 2011.

[10] Varias autoras, *Reproductive Justice Briefing Book: A Primer on Reproductive Justice and Social Change*, Berkeley, California, UC Berkeley School of Law, 2007.

constitucionalmente, no tienen nada de excepcional. Lo que tienen son especificidades (como todo), pero no es que sean algo aparte, ajenos a la lógica constitucional.

3. *Algunos derechos sexuales y reproductivos*

Para empezar: ¿cuáles son los derechos humanos que protegen la sexualidad y la reproducción? Existen tres derechos amplios y básicos que quiero abordar con más detalle: el derecho a la libertad, a la salud y a la igualdad (particularmente a la no discriminación) sexual y reproductiva. Abordaré cada derecho de manera separada, dado que tutelan ámbitos independientes, aunque no dejaré de reconocer que se intersectan en muchos puntos.

A. *La libertad sexual y reproductiva*

Primero está el derecho al libre desarrollo de la personalidad —en el lenguaje de la Suprema Corte—[11] y el derecho a la vida privada —en los términos que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, que se derivan, entre otros, del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[12] El derecho al libre desarrollo

[11] Existen ya varios fallos de la SCJN y de la Corte Interamericana que son relevantes para esta materia. De la primera, está la Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 9/2005, en la que revirtió el criterio que solía sostener sobre la violación entre cónyuges (a saber: que no había violación, sino en el "ejercicio indebido de un derecho"), utilizando el derecho a decidir del artículo 4. Está también, por supuesto, la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada, en la que validó la despenalización del aborto en el Distrito Federal. Está también el Amparo Directo Civil 6/2008, que tenía que ver con el derecho de una persona a obtener documentos de identidad que reflejaran su identidad de género y que se ha convertido en *el* fallo seminal del cual el libre desarrollo —y todos sus derivados, incluido el derecho a la identidad sexual— se extrae. Está la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, que tiene que ver con matrimonio igualitario, pero que también ofrece fragmentos sobre el libre desarrollo de la personalidad y el "derecho a ser madre" o "padre". Están todos los casos de matrimonio igualitario que ha resuelto desde entonces (hasta ahora, más de 15 amparos). El tema de los derechos de las personas LGBT está tan consolidado en la jurisprudencia de la SCJN, que en 2014 publicó el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género*, en el que aporta herramientas para resolver potenciales casos en los que los derechos de las personas LGBT se vean vulnerados. A toda esta línea de casos, habría que agregar el de la Corte Interamericana de *Karen Atala*, en el que resolvió que era violatorio de derechos privar a una madre de la tuición de sus hijas por su orientación sexual. También está el fallo de *Duque vs. Colombia*, en el que abordó el tema de matrimonio igualitario. Y, por último, el de *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, en el que determinó que excluir a las personas del procedimiento de fertilización *in vitro* es violatorio de derechos. Además de leer todo los fallos, se puede leer, de manera adicional Madrazo, A. y Vela Barba, E., "The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution?", *Texas Law Review*, vol. 89, 2011. Vela Barba, E., "¿Derechos sexuales y reproductivos? ¿¡DE NIÑOS Y NIÑAS!?" *Animal Político*…, *op. cit*.

[12] Para la Corte Interamericana, "la vida privada incluye la forma en la que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad" (*Artavia*, p. 45. Párr. 143). El fundamento explícito de este derecho es el artículo 11 de la Convención.

de la personalidad, según la SCJN, protege que la persona elija "su proyecto de vida [y] la manera en que logrará las metas y objetivos que, para [ella], son relevantes".[13] Para la Corte Interamericana, en términos similares, la "vida privada" protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluye "la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar[se] a los demás".[14] Para la SCJN, el derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras, "la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal… y, por supuesto, la libre opción sexual, pues todos estos aspectos, evidentemente, son parte de la manera en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo él puede decidir en forma autónoma".[15] Para la Corte Interamericana, el derecho a la vida privada —que "no es susceptible de definiciones exhaustivas"—[16] "comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos".[17] También considera que "la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada".[18]

Entendidos así, los primeros derechos sexuales y reproductivos de los que se podría hablar son el de la libertad sexual y la libertad reproductiva. ¿Por qué se protegen? Porque tanto la sexualidad, como la reproducción son ámbitos de las vidas de las personas sobre los cuales deciden y constituyen sus proyectos de vida. Quiénes son y qué quieren hacer las personas de su vida se puede responder, en parte, en relación con lo que decidan en estos terrenos. Y por eso es que están protegidas estas libertades, como lo están la libertad profesional, la libertad matrimonial o la libertad de apariencia. Lo importante a notar de la forma en la que la SCJN y la Corte Interamericana abordan estos derechos es que los derivan de una interpretación cotidiana y sociológica —por llamarla de cierta forma— de los derechos más amplios a la libertad y a la vida privada, respondiendo a la pregunta: ¿qué es importante para las personas en su día a día? Una manera de responder esto es: ¿cómo dotar de sentido cotidiano a la libertad de la que supuestamente gozamos las personas?

Ahora, a diferencia de la libertad sexual, tratándose de la libertad reproductiva sí se cuenta con un fundamento más específico que el que se deriva del libre desarrollo de la personalidad o del derecho a la vida privada. Se puede hablar de tres distintos fundamentos, de hecho, cada uno más específico que el otro: está, primero, el artículo 4o. de la Constitución, que consagra el derecho de "toda persona… a de-

[13] Amparo Directo Civil 6/2008, p. 86.

[14] En *Artavia*, la Corte Interamericana hace referencia también al artículo 7 de la Convención, afirmando que "incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones" (*Artavia*, p. 42, párr. 142).

[15] *Ibidem*, pp. 86-87.

[16] *Karen Atala*, p. 53, párr. 162.

[17] *Idem*.

[18] *Artavia*, p. 45, párr. 143.

cidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos". Después, está el artículo 16, párrafo 1, inciso e) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que establece que las mujeres y los hombres tendrán "los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos", dentro del matrimonio y las relaciones familiares. Por último, está la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), que en su artículo 23, párrafo 1, inciso b) establece que los Estados deberán tomar las medidas necesarias para que "se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos".

Leídas en conjunto, estas disposiciones se refuerzan: *todas* las personas tienen el derecho a decidir sobre su vida reproductiva; incluso al interior de la familia e incluso teniendo una discapacidad. Si se leen estas disposiciones desde una perspectiva histórica, se entiende su razón de ser: en México, la "libertad reproductiva" se perdía dentro del matrimonio, al grado en el que se llegó a justificar la violación entre cónyuges (¿cómo puede ser una violación lo que es el ejercicio de un derecho: el derecho a acceder al "cuerpo del otro" con fines reproductivos?);[19] y en México, como en otros países, la esterilización forzada de personas con discapacidad ha sido y sigue siendo una trágica realidad.[20] Los derechos consagrados en la CEDAW y en la CPDP, como todos los derechos que forman parte de los instrumentos dirigidos a combatir la discriminación, proscriben prácticas que históricamente se han justificado, reiterando que incluso donde tantas personas insisten que no, sí hay un derecho que tiene que ser respetado: el derecho a *decidir* sobre si y cuándo y cómo —esto es clave— las personas tienen hijos. En palabras de la SCJN: si y cuándo y cómo quieren "ser madres o padres" (esto es, constituir un vínculo filial).

B. *La salud sexual y reproductiva*

El segundo gran derecho "paraguas" que puede ser entendido como uno que protege la sexualidad y la reproducción es el de la salud. Este derecho está consa-

[19] Véase SCJN, 1994: Contradicción de Tesis 5/92. Vela Barba, E., *Current Abortion Regulation in Mexico*. Documento de Trabajo, núm. 50, México, CIDE, 2010. Disponible en: *http://www.libreriacide.com/librospdf/DTEJ-50.pdf*. Madrazo, A. y Vela Barba, E., "The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution?", *op. cit*.

[20] Frohmader C. y Ortoleva, S., "The Sexual and Reproductive Rights of Women and Girls with Disabilities", 2013. Disponible en: *http://addc.org.au/documents/resources/issues_paper_srr_women_and_girls_with_disabilities_final_1340.pdf*. Disability Rights International y El Colectivo Chuhcan, "Abuso y negación de derechos sexuales y reproductivos a mujeres con discapacidad psicosocial en México", 2015. Disponible en: *http://www.driadvocacy.org/wp-content/uploads/Informe-M%C3%A9xico-Mujeres-FINAL-Feb2415.pdf*.

grado en la Constitución, en su artículo 4o., y en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 10 del Protocolo de San Salvador. Es, de hecho, el derecho que más desarrollo ha visto a nivel internacional tratándose de la sexualidad y la reproducción.

Por ejemplo, en 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió el Comentario General núm. 14, relacionado con el derecho a la salud. En este documento se reconocen varios puntos clave para los derechos sexuales y reproductivos, de los cuales vale la pena resaltar los siguientes:

- Primero: se reconoció que la protección del "derecho a la salud" no sólo abarca el "derecho a estar sano", sino que también entraña "libertades" y otros tipos de "derechos". Entre ellos, el derecho de una persona "a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica" (el texto en inglés dice "*reproductive*") (párr. 8). Existe, por lo tanto, una interdependencia entre la libertad y la salud, también en lo sexual y lo reproductivo.
- Segundo: en el documento se establece una relación entre el derecho a la salud y el derecho a la no discriminación. Queda prohibida la discriminación en "el acceso a la atención a la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de… sexo [y] orientación sexual", entre otras (párr. 18). Antes de que la Constitución mexicana incluyera el derecho a la no discriminación por "preferencias" (2001) "sexuales" (2011), en el derecho internacional la "orientación sexual" ya se estaba tomando como una de las categorías prohibidas de discriminación.
- Tercero: se afirma que el derecho a la salud abarca "el acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva" (párr. 11). De manera incluso más específica, este documento sostiene que el derecho a la salud exige que se establezcan "programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA, y las que afectan de forma adversa la salud sexual y genésica" (párr. 16). Existe, en otras palabras, una relación directa entre el derecho a la salud y el derecho a la información: para cumplir con los estándares del primero, es necesario garantizar el segundo.
- Cuarto: el documento aclara que los niños y las niñas también son titulares del derecho a la salud (párr. 22). Y, específicamente, afirma que "el ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva" (párr. 23).

En 2016, el mismo Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales promulgó el Comentario General núm. 22, dedicado de lleno "al derecho a la salud

sexual y reproductiva". ¿Qué aporta este Comentario General al entendimiento de estos derechos? Dado el momento en el que este documento fue promulgado, incorpora ya la multiplicidad de perspectivas y herramientas que se han ido desarrollando en este campo por años, de las cuales destacan la interdependencia de los derechos —la salud no se puede entender separada de la libertad y la igualdad— y la "perspectiva de género" (párrs. 25-29) y la "interseccionalidad" (párrs. 30-32) como herramientas para garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva de manera integral. Este documento aporta, además, especificidad. Por ejemplo:

- En el apartado dedicado a la interdependencia de los derechos, afirma que los derechos sexuales y reproductivos, junto con el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, obliga a los Estados a garantizar trabajos con protecciones maternales y con licencias de parentalidad (usa el término "*parental leave*", que aplica tanto para madres y padres); también los obliga a garantizar un trabajo libre de acoso sexual y de discriminación basada en "el embarazo, el parto, la parentalidad (usa el término "*parenthood*"), la orientación sexual, la identidad de género y el estatus intersex" (párr. 9). Los "derechos sexuales y reproductivos", se puede afirmar, llegan hasta la esfera laboral, siempre que lo reproductivo o lo sexual esté de por medio.
- En otro ejemplo que da, afirma que los derechos sexuales y reproductivos, junto con el derecho a la educación y el derecho a la no discriminación, protegen el "derecho a una educación sexual y reproductiva que sea exhaustiva, no-discriminatoria, basada en la evidencia, científicamente precisa y apropiada conforme a la edad" (párr. 9).
- Incluso en otro ejemplo que da, afirma que "la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia y la negación del aborto por lo general lleva a la mortalidad y morbilidad maternas, lo que constituye, en cambio, una violación del derecho a la vida o a la seguridad, y en ciertos casos puede constituir tortura o un trato cruel, inhumano o degradante" (párr. 10).
- Y, como último ejemplo, al referir a las "medicinas esenciales" a las que las personas tienen derecho a acceder, el documento hace mención específica de "una amplia gama de métodos contraceptivos, incluidos los condones y la anticoncepción de emergencia, las medicinas para el aborto y para el cuidado post-aborto, y medicinas… para la prevención y el tratamiento de infecciones de transmisión sexual y el VIH" (párr. 13).

Si bien son más los documentos internacionales que refieren a la salud sexual y reproductiva, me parece que estos ejemplos son suficientes para evidenciar de qué manera "los derechos sexuales y reproductivos" se derivan del derecho a la salud más amplio. Basta un ejercicio interpretativo básico para que las vidas sexuales y reproductivas de las personas queden cubiertas por un derecho como este, a pesar de que en los términos en los que se encuentra plasmado en la Constitución y en los tratados internacionales, no se haga referencia a lo sexual o reproductivo (como no

se hace referencia a la salud neurológica o digestiva y, sin embargo, por lo general se consideran tuteladas por este derecho).

C. *El derecho a la igualdad y a la no discriminación sexual y reproductiva*

Además de los derechos a la libertad y a la salud, el tercer derecho "paraguas" que es relevante para los asuntos sexuales y reproductivos es el de la igualdad y la no discriminación. Como se ha determinado por la SCJN y la Corte Interamericana —por no citar a otras autoridades encargadas de interpretar estos derechos a nivel internacional—, el derecho a la no discriminación puede ser entendido como uno que complementa el de la igualdad con su especificidad. El derecho a la no discriminación, que se introduce textualmente en la Constitución en 2001, tiene como trasfondo el reconocimiento de que, históricamente, las personas, a pesar de la garantía genérica de la igualdad, han sido discriminadas por ciertas razones específicas, entre ellas su salud, su clase, su sexo, su género y sus "preferencias sexuales" (u orientación sexual).[21] El derecho a la no discriminación, de esta manera, provee un análisis reforzado —el *test* de escrutinio estricto— para determinar cuándo el Estado está discriminando, esto es, está vulnerando los derechos de las personas por su salud, su clase, su sexo, su género o su orientación sexual, entre otras.

¿Qué protege o qué prohíbe, en concreto, el derecho a la no discriminación? Valga delinearlo aunque sea de manera breve, para ver la potencia que tiene este derecho tratándose de los derechos sexuales y reproductivos:

- Primero: importa cómo se interpretan las "categorías sospechosas", en concreto, la de sexo, género y preferencias sexuales (que son las que tienen sustento explícito tanto en la Constitución, como en otros tratados internacionales).
- Si se interpreta "sexo" de manera amplia, este derecho abarca, por ejemplo, no sólo la discriminación que padecen "las mujeres" y "los hombres", por ser mujeres u hombres, sino también la que sufren las personas intersex. ¿Por qué? Porque es precisamente por su sexo —por el cuerpo con el que nacieron— que son sometidas a una serie de intervenciones que vulneran sus derechos, como cirugías quirúrgicas innecesarias cuyo único propósito es "corregir" sus cuerpos para que se adecuen a los estándares imperantes sobre lo que "es un hombre" o "una mujer". Esto, por supuesto, es también una discriminación *por género*: porque se les impone a sus cuerpos un modelo de género específico.
- Si se interpreta "género" de manera amplia, el derecho a la no discriminación protege una multiplicidad de escenarios. Para empezar, la discriminación que sufren las personas trans, que son violentadas precisamente por-

[21] Sé que existe una discusión sobre el término que se debe utilizar: si "orientación sexual" o "preferencias sexuales". La Constitución utiliza el segundo; la SCJN utiliza ambos, indistintamente y es por lo que he optado.

que desafían las nociones de lo que "un hombre" o "una mujer" debe ser (esto es, el modelo de género). Al proscribir la discriminación por género, la Constitución y los tratados ya proscriben la discriminación por la *identidad* de género —si las personas se identifican o no con un modelo de género específico— o por su *expresión* de género —por cómo las personas se expresan y son leídas en clave de género—. Dentro de "género" también cabe la discriminación que sufren las personas por sus elecciones reproductivas, precisamente porque se trata de un fenómeno que afecta de manera desproporcionada a las mujeres (esto es, la reproducción es un fenómeno que se entrelaza con el género y afecta de manera desproporcionada a las mujeres). Esto lo reconoció el Comité de la CEDAW en un caso histórico —*L.C. vs. Perú*—, en el que abordó el papel que juegan los estereotipos de género sobre las mujeres y su función reproductiva en el ejercicio de sus derechos.

- Si se interpreta "preferencias sexuales" tal cual como fue incorporada a la Constitución, su alcance es innegable: protege a las personas de la discriminación que sufren en razón de su orientación sexual. En México, esta es una "categoría sospechosa" que la SCJN ha utilizado para determinar la inconstitucionalidad, por ejemplo, de la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio y del proceso de adopción. La Corte Interamericana utilizó la de "orientación sexual" —que derivó de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— para determinar que privar a una madre de la tuición de sus hijas por ser lesbiana violaba sus derechos (los de la madre y las hijas). Si bien en el país los casos que se han llegado a judicializar versan sobre el derecho de familia, esta categoría es aplicable, por supuesto, para cualquier otra distinción que pueda llegar a ocurrir por parte del Estado basada en la orientación sexual. Y es, precisamente, el interés en proscribir este tipo de discriminación la que ha estado detrás de muchos de los esfuerzos en torno al reconocimiento de los "derechos sexuales".
- Segundo: es importante recordar que el derecho a la no discriminación protege a las personas tanto de la discriminación directa, como de la indirecta. Esto se volverá más relevante conforme pase el tiempo, ya que, como ha ocurrido en otros países, la discriminación cada vez menos será textual, explícita, directa. La discriminación que permanecerá será la sistémica: la que *resulta* de la interacción de una multiplicidad de fuerzas o sistemas. Para que este derecho pueda ser garantizado, se requerirá de un análisis cada vez más sofisticado y detallado de cómo opera la discriminación: de determinar qué se intersecta con qué, que *produce* una discriminación. Para las mujeres, sobre todo, esto será fundamental, ya que sus vidas reproductivas —y, por supuesto, la de los hombres— siguen siendo uno de los factores que aparece una y otra vez como el eje a través del cual resultan marginadas y excluidas de una vida plena. El derecho a la no discriminación nos debería llevar a hacer un análisis del papel y el lugar que le damos a la reproducción, a la maternidad y a la paternidad en la vida social y ver de qué manera esto excluye a unas (las mujeres), mientras que privilegia a otros (los hombres) en el goce de ciertos derechos (como el derecho al trabajo).

D. *Otros derechos sexuales y reproductivos*

Hasta ahora he abordado tres derechos "paraguas" que tutelan la sexualidad y la reproducción: los derechos a la libertad, a la salud y a la igualdad. Espero haber demostrado de qué manera estos derechos terminan por proteger distintas facetas o ámbitos de las vidas sexuales y reproductivas de las personas. Protecciones que se derivan simplemente de ir "aplicando" estos derechos al día a día de las personas, a las pequeñas o enormes decisiones que toman sobre su sexualidad o su reproducción, y a los medios que requieren para hacerlas efectivas. Aquí aparecieron otros derechos, que pueden entenderse como "derivados" de los tres derechos básicos —como el de la información— o que pueden entenderse como derechos independientes en sí. Aquí también aparece, por ejemplo, el derecho a acceder a la tecnología y a los avances científicos, que fue determinante en el caso de *Artavia* que resolvió la Corte Interamericana, en el que determinó que las personas tienen derecho a acceder al procedimiento de la fertilización *in vitro*. Aquí está también el derecho a la educación, a la libertad de expresión, al debido proceso,[22] y muchos otros que se podrían enlistar. Son todos los derechos, aplicados a la reproducción y a la sexualidad. El punto, al final, es entender que los derechos son interdependientes y que unos llevan a los otros. Todo depende de que se tome a la sexualidad y la reproducción como aspectos fundamentales de las vidas de las personas y, por esa razón, se les aplique el régimen de los derechos humanos.

4. *¿Cuáles son las consecuencias de que existan los derechos sexuales y reproductivos?*

Ahora, si se admite la existencia de estos derechos, lo que prosigue es irlos detallando conforme a la misma lógica de los derechos humanos. Esto pasa por responder varias preguntas clave: ¿quiénes son sus titulares, qué ámbitos protegen, qué obligaciones le generan al Estado y, por supuesto, cuáles son sus límites?

A. *La titularidad de los derechos sexuales y reproductivos*

La primera pregunta parece fácil de responder: conforme a la lógica contemporánea de los derechos humanos, las personas, todas, son titulares de los derechos sexuales y reproductivos. Sí, las mujeres y también los hombres. Sí, los niños y las niñas, y no sólo los adultos. Sí, las personas LGBT y no sólo las que son cisgénero y heterosexuales. Sí, las personas indígenas y las que no lo son. Sí, las que tienen una discapacidad y las que no también.

[22] Uno de los fallos que la SCJN ha resuelto sobre aborto tiene que ver, precisamente, con el debido proceso y cómo se interpretan las pruebas. SCJN, Amparo Directo 21/2012. Resuelto por la Primera Sala. Sentencia a cargo del ministro Arturo Zaldívar (sobre el aborto y el debido proceso), 2014.

Reitero estos supuestos específicos dada la historia: no todas las sexualidades, ni todas las vidas reproductivas han sido estimadas igual de valiosas, dignas de protección y de respeto. En países como México, la heterosexualidad ha sido alentada y quienes divergen de sus prácticas han sido castigadas de una forma u otra (con cárcel, con internamientos psiquiátricos, con pérdida de trabajos y familia, con violencia física y emocional). En México, las vidas reproductivas de las personas indígenas han sido violentadas una y otra vez, de distintas maneras (empezando con la esterilización forzada). Y en México también las vidas sexuales y reproductivas de los niños y niñas han estado sujetas a un sinfín de controles injustificados desde la perspectiva de los derechos humanos. Sus derechos, especialmente *estos* derechos, son constantemente negados, tanto en la opinión pública, como en los debates legislativos y judiciales (por no decir en las disposiciones administrativas y en muchas políticas públicas).

Si se admite, sin embargo, la existencia de estos derechos —a la libertad, a la salud y a la igualdad sexual y reproductiva—, no hay forma de negar que todas las personas son sus titulares. El debate estaría, en última instancia, en cómo se deben concretar estos derechos. Conforme a la lógica de los derechos humanos, "tener un derecho" no significa que no puede limitarse. Todos los derechos, incluidos los derechos sexuales y reproductivos, se pueden limitar. La pregunta es para qué, cuándo y cómo.

Mucha de la angustia que genera el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de los niños y niñas, por ejemplo, debería apaciguarse simplemente al aplicar la lógica de los derechos humanos a los asuntos que vayan surgiendo. ¿Queda la pederastia legalizada con el reconocimiento de que los niños y niñas tienen libertad sexual? No. Existen suficientes razones para proscribir las relaciones sexuales que ocurren entre personas con una diferencia tan marcada como la que existe entre los niños y los adultos, como existen razones para limitar el tipo de contenido sexual al que los primeros pueden estar expuestos. La doctrina judicial que ya se ha desarrollado en torno a las "capacidades evolutivas" de los niños y niñas debería bastar para ir guiando el diseño de las políticas públicas que se erigen en torno a su sexualidad, incluidas las referentes a la educación sexual.

Insisto: como pasa con cualquier otro derecho, los derechos sexuales y reproductivos tienen límites. Y estos límites se determinan, primordialmente, respondiendo las siguientes preguntas: ¿por qué razones y de qué maneras puede intervenir el Estado en el ejercicio de estos derechos? Si el Estado va a intervenir en la libertad sexual o reproductiva de una persona, por ejemplo, esa intervención no debe ser abusiva o arbitraria. La Corte Interamericana[23] se ha encargado de desarrollar lo que esto significa: además de que la restricción tiene que estar en la ley, su diseño tiene que obedecer a una lógica particular: tiene que perseguir un fin constitucional y convencionalmente legítimo y tiene que cumplir con los requisitos de idoneidad,

[23] En el Amparo Directo Civil 6/2008, la SCJN alude al *test* para determinar qué clase de interferencias en el derecho a la intimidad o vida privada son válidas, p. 88.

necesidad y proporcionalidad.[24] Esto significa que la restricción de estos derechos: 1) tiene que perseguir un fin que sea válido, desde una perspectiva constitucional y convencional; 2) la restricción tiene, de hecho, que servir para alcanzar ese fin; 3) se tiene que acreditar que esta restricción es necesaria, que no hay otra forma menos gravosa o restrictiva de lograrlo; 4) que los beneficios de imponer esta restricción sobrepasan a los perjuicios que genera, en términos de derechos.[25] Aplicando este *test*, muchas de las restricciones que actualmente existen en torno a la sexualidad infantil "se salvan" (como el castigo del abuso sexual infantil). Muchas otras, no (contrario a lo que comúnmente se afirma: los niños y niñas *sí* tienen derecho a acceder a educación sexual integral y libre de estereotipos… siempre, claro, que esté de acuerdo con lo que su edad y sus capacidades permite).

La Constitución no provee un listado exhaustivo sobre las intervenciones concretas que son válidas desde una perspectiva constitucional; lo que la Constitución sí establece, sin embargo, son las preguntas que se tienen que responder para saberlo.

B. *Ámbito de protección*

La segunda pregunta en esta materia es la de cuál es el ámbito de protección de los derechos sexuales y reproductivos. Y la planteo como algo aparte porque una de las grandes disputas en este tema tiene que ver con el acceso a ciertos derechos específicos, como lo es el aborto. Como afirmé en la introducción: si bien no se niega que la Constitución consagra el derecho a decidir, se sostiene que no cubre el aborto. El argumento que se utiliza para sostener esto es, entre otros,[26] textualista: dado

[24] *Artavia*, p. 86, párr. 273. El *test* cambia, por supuesto, si se utiliza el derecho a la no discriminación: en este caso, el interés que se persigue con una medida debería ser *imperativo*; la medida tendría que estar diseñada exactamente para alcanzar ese fin y tendría que ser la medida menos restrictiva posible.

[25] Carbonell, M. (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

[26] Otro de los argumentos más comunes, por supuesto, para negar el acceso al aborto, es el de la protección de la vida prenatal. Se argumenta que la permisión (o, al menos, la no penalización) del aborto "viola" el derecho a la vida del "no nacido". Esta cuestión, por supuesto, ya la resolvió la SCJN en la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada, cuando sostuvo que despenalizar el aborto en los términos en los que lo hizo el Distrito Federal no viola ningún derecho (y sí, en cambio, hace efectivos los derechos de las mujeres, entre ellos, el derecho a la salud y a la no discriminación por clase) (SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007, pp. 183-184). La SCJN también ya resolvió que incluso si la vida estuviera protegida desde la concepción constitucionalmente hablando, de eso no se deriva automáticamente que habría que penalizar el aborto. ("Debemos dejar en claro, sin embargo, que la mera existencia de un derecho fundamental no implica la obligación de la penalización de una conducta que lo afecte. Si bien antes de la existencia de los derechos fundamentales constitucionalizados el derecho penal era la única fuente primaria de protección de derechos individuales, mediante el establecimiento de bienes jurídicos protegidos, de ello no se sigue que una vez que los derechos adquieren rango constitucional y se establecen los medios para su protección, éstos deban tener obligatoriamente una expresión penal para su protección" (SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007, p. 176). La Corte Interamericana ya se pronunció, también, sobre cómo se debe interpretar la protección de la vida prenatal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CorIDH 2013: 53-83). Para un análisis de cómo la concepción de la vida prenatal juega en el entendimiento del debate del

que la Constitución no utiliza la palabra *aborto*, se entiende fuera del ámbito de la protección de este derecho.

Uno de los puntos fundamentales de reconocer a los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos es que, al hacerlo, puede aplicárseles una de las ideas arquitectónicas básicas de los derechos: que protegen todos los medios que hacen efectivo el ejercicio del derecho. Esta es una idea que puede leerse tanto en los Comentarios Generales a los que aludí previamente, como en las decisiones de la SCJN y de la Corte Interamericana que cité: si se quiere proteger el derecho a la salud sexual y reproductiva, es necesario proteger el acceso a los medios que posibilitan que las personas gocen de su salud. Si se quiere proteger el derecho a *decidir*, se tienen que proteger los *medios* que hacen efectiva esa decisión. Por eso es posible que en el Comentario General núm. 22, por ejemplo, se haga referencia a los "condones". ¿Qué podría significar la salud sexual si las personas no pudieran exigir acceso a condones? En el mismo sentido, no es necesario que la Constitución afirme que se prohíben las "esterilizaciones forzadas" para que esto se entienda proscrito, si se quiere hacer efectivo el derecho a *decidir* (dado que la esterilización forzada es una *forma* de anular esa decisión). Bajo esta misma lógica, el aborto quedaría protegido: al ser un *medio* para decidir y para proteger la salud y vida de las mujeres, queda automáticamente tutelado por los derechos sexuales y reproductivos. Lo que procedería, en última instancia, sería justificar si y por qué, cuándo y cómo habría de restringirlo. Pero la presunción estaría a favor del aborto como un ámbito tutelado por los derechos sexuales y reproductivos (varios de ellos: el derecho a decidir mismo, el derecho a la salud, a la vida, a la no discriminación por género y clase).

Esto no es novedoso. Es lo que viene haciéndose con la libertad de expresión por años: para que este derecho tenga sentido, se entienden como protegidos los medios para que las personas se expresen. No es necesario que la Constitución tutele cada uno de los medios —los lápices, los pinceles, las computadoras, Internet, los teléfonos—, para que se entiendan cubiertos por el derecho. Si los derechos sexuales y reproductivos se entienden de la misma forma, todos los medios específicos que sirvan para hacer efectivos estos derechos —condones, DIU, anticoncepción de emergencia, esterilización forzada, fertilización in vitro, aborto, adopción— quedan automáticamente protegidos. Lo que procedería es justificar cómo habría de restringir el acceso a ellos, con base en el *test* de proporcionalidad.

C. *Las obligaciones que generan estos derechos*

Uno de los puntos más revolucionarios de la reforma de derechos humanos de 2011 fue que incorporó al artículo 1o., párrafo 3 de la Constitución la idea de que los derechos humanos le generan a las autoridades cuatro distintas obligaciones: la de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos. Estas cuatro obligaciones

aborto, véase Madrazo, A., "Narrativas sobre la personalidad jurídica del no nacido en la regulación del aborto", en Cook, R. *et al.*, *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, México, Fondo de Cultura Económica-CIDE, 2016.

suponen una superación de una de las viejas discusiones constitucionales sobre la diferencia entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro. A saber: que sólo los primeros son "exigibles", primordialmente porque generan una obligación de *no* intervención para el Estado, mientras que los segundos no lo son, ya que implicarían una erogación por el Estado y esto no puede "exigirse" en sí.

Al incorporar estas cuatro obligaciones, se reconoce que todos los derechos pueden generar las cuatro obligaciones. ¿Qué implica cada una de ellas? En concreto y según la doctrina,[27] "las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de [un] derecho". La obligación de proteger consiste en "impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan" el goce de un derecho. La obligación de garantizar supone "asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo". Por último, la obligación de promover se caracteriza "por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho" lo gocen.[28]

Tomando estas cuatro obligaciones, los derechos sexuales y reproductivos generarían una multiplicidad de obligaciones mucho más concretas. Utilizando al derecho a decidir como ejemplo lo siguiente.

La obligación de respetar implicaría que el Estado no debería violentar la elección reproductiva de una persona a través de la esterilización forzada.[29] Si un servidor público del sector de la salud le liga las trompas a una mujer sin su consentimiento o coacciona a un hombre a realizarse una vasectomía, estaría violando su derecho a decidir, incumpliendo con la obligación de respetarlo. Por otra parte, la obligación de respetar el derecho a *no* ser madre o padre implica que el Estado no debe, por ejemplo, impedir la utilización de anticoncepción o penalizar la interrupción del embarazo sin satisfacer un riguroso estándar constitucional.

La sanción, por ejemplo, a un doctor que hace abortar a una mujer sin su consentimiento es una forma de *proteger* el derecho a decidir (en este caso, de *ser* madre). La sanción, por ejemplo, a un esposo que viola a su cónyuge so pretexto de cumplir con el fin reproductivo del matrimonio es otra forma de *proteger* el derecho a decidir (en este caso, de *no* ser madre).[30]

Cuando la Asamblea Legislativa del Distrito Federal determinó que el servicio de interrupción legal del embarazo sería prestado por las instituciones públicas de salud, por ejemplo, estaba cumpliendo con su obligación de garantizar el derecho a decidir, mediante la prestación directa del servicio. Cada vez que las instituciones

---

[27] Para el desarrollo en instrumentos internacionales de estas obligaciones, véanse las Observaciones generales número 3, 4, 5, 6, 12, 13, 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

[28] Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004.

[29] Véase, por ejemplo, la Recomendación General núm. 4 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos —emitida el 16 de diciembre de 2002— en la que se juzgan diversos actos de autoridades por medio de los cuales se coaccionó a miembros de una comunidad indígena para que se sometieran a tratamientos de esterilización.

[30] Esto fue precisamente lo que se decidió en la Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 9/2005-PS.

de salud pública le garantizan a las personas el acceso a los condones o a la anticoncepción de emergencia para víctimas de violación, están cumpliendo con esta obligación.

La información que el Estado proporciona a las personas en relación con métodos anticonceptivos, es el ejemplo por excelencia del cumplimiento de la obligación de *promover*: la información permite que las personas puedan, en efecto, decidir sobre su reproducción (sabiendo cuáles son las múltiples vías o riesgos que tienen). Es una forma de crear las condiciones para ello.

Los ejemplos pueden ser mayores, pero basta los que acabo de enunciar para enfatizar un punto: los derechos —todos, incluidos los sexuales y reproductivos— generan distintos tipos de obligaciones. Cómo se pueden y cómo se *deben* materializar estas obligaciones, es lo que hay que debatir, ya que de esta concreción depende, precisamente, cómo hacer los derechos efectivos.

Para mí, son muchas las preguntas que ya están resueltas desde una perspectiva constitucional y otras no tanto. Por ejemplo, me parece que existen razones constitucionales de peso a favor de la *des*penalización del aborto, al menos por un periodo. La penalización del aborto no sirve para proteger lo que se supone que busca proteger —la vida prenatal—, ya que el número de abortos no disminuye con la prohibición, como lo demuestran múltiples estudios;[31] y no sólo no protege la vida prenatal, sino que contribuye a la morbilidad y mortalidad materna, afectando —como ya lo reconoció la SCJN—[32] particularmente a las mujeres más pobres (por lo que, encima de todo, tiene un efecto discriminatorio por clase).

Muchas de mis dudas surgen, sin embargo, con respecto a cómo se deben *proteger* o *promover* los derechos reproductivos. Por ejemplo, últimamente varios colectivos que luchan por los derechos de las mujeres están impulsando la penalización de la "violencia obstétrica" que, como ha documentado GIRE,[33] es un problema grave. Desde las cesáreas innecesarias hasta el maltrato durante el parto, queda claro que hay mucho por hacer para cambiar las prácticas médicas que violan los derechos de las mujeres (a la salud, a vivir libres de violencia, etc.). Lo que queda por ver es si el derecho penal es la solución. Académicos como Roberto Castro han mostrado que el origen de estas prácticas "autoritarias" —como las llama— se relaciona, en parte, con la manera en la que los médicos son educados y entrenados desde la universi-

[31] Schiavon, R., "Derecho a la vida, salud y derechos de las mujeres. Aportaciones desde México", 2015. Disponible en: *http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/Discussion/2015/Ipas_M%C3%A9xico.docx*.

[32] "El reproche por la vía penal; es decir, la imposición de la pena en el citado caso, no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso en gestación, pues nuestra realidad social es otra y de lo contrario, se menoscaba y reafirma la discriminación hacia las mujeres. Por ende, no puede plantearse que la amenaza penal es la primera y única solución a la erradicación de las prácticas clandestinas de interrupción voluntaria del embarazo, pues más allá de la teoría que utilicemos para justificar la imposición de la pena estatal, la sanción no puede ignorar la racionalidad y la necesidad pues, de lo contrario, se habilitaría el ingreso al sistema penal de la venganza como inmediato fundamento de la sanción" (AI 147/2007: 183-184).

[33] GIRE, *Violencia obstétrica. Un enfoque de derechos humanos*, México, GIRE-Fundación Angélica Fuentes, 2015b. Disponible en: *https://gire.org.mx/images/stories/Informes/informeviolenciaobstetrica2015.pdf*.

dad.[34] Si se quieren erradicar estas prácticas, lo mejor sería ir directamente al origen y transformar la educación médica. El debate importa, ya que, en tanto las prácticas no disminuyan y las violaciones a los derechos no cesen, el Estado está incumpliendo con su deber de proteger, efectivamente, los derechos de las mujeres (en este caso).[35]

Son muchas más las violaciones que persisten en el país a los derechos sexuales y reproductivos de las personas. Por ejemplo: a pesar de que la Constitución proscribe la discriminación por "preferencias sexuales" y protege el derecho a la familia y que la SCJN ha determinado, en más de 15 ocasiones,[36] que excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio es inconstitucional, la mayoría de las entidades federativas siguen sin modificar sus legislaciones para respetar estos derechos. A pesar de que tanto la Constitución, como los tratados internacionales proscriben las interferencias ilegítimas a la vida privada de las personas, y que tanto la SCJN, como la Corte Interamericana han determinado que esto implica que no se le puede privar a los padres y madres LGBT de la guardia y custodia de sus hijos e hijas, existen autoridades que aún hacen todo lo posible por separar a estas familias. A pesar de que la Constitución proscribe la discriminación por género y que la SCJN ya ha determinado que esto implica que las personas tienen derecho a que se reconozca su identidad de género en sus documentos de identidad, sólo la Ciudad de México ha modificado su Código Civil para respetar este derecho. A pesar de que la Constitución y los tratados internacionales les garantizan a las mujeres mantener su trabajo durante y después del embarazo, los despidos injustificados no cesan. La pregunta, clave, para mí, es: ¿de qué depende que tantas violaciones persistan a pesar de que el texto constitucional es claro?

II. El constitucionalismo mexicano desde los derechos sexuales y reproductivos

Si se admite que los derechos sexuales y reproductivos están protegidos constitucionalmente —como espero haber demostrado en el último apartado—, una de las preguntas que importan es: ¿por qué se siguen violando de manera tan sistemática?

[34] Castro, R. y Erviti, J., "25 años de investigación sobre violencia obstétrica en México", *Revista CONAMED*, 2014, 19(1): 37-42.

[35] Esto es lo que sucedió con el caso de *Campo Algodonero*: el Estado fue condenado por violar el derecho a la vida de las mujeres por no *protegerlo* adecuadamente, ya que, a pesar de saber que existía el fenómeno de la violencia, las acciones que tomó fueron mínimas e ineficientes para remediarlo.

[36] Los casos son, además de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 (CDMX), los Amparos en Revisión 581/2012, 457/2012, 567/2012, 152/2013 (Oaxaca); Amparos en Revisión 615/2013, 704/2014, 735/2014 (Colima); Amparos en Revisión 263/2014 y 482/2014 (Sinaloa); Amparo en Revisión 591/2014 (Estado de México); Amparo en Revisión 122/2014 (Baja California); Acción de Inconstitucionalidad 28/2015 (Jalisco); Acción de Inconstitucionalidad 8/2014 (Campeche); Amparo Directo 19/2014 (CDMX); Amparo en Revisión 485/2013 (IMSS). De éstos han salido las jurisprudencias con registro número 2010675, 2010676, 2010677, 2010263, 2009922.

Hay muchas respuestas a esta interrogante. Creo que, tratándose de la sexualidad y de la reproducción, no es menor el papel que juega el arraigo cultural del machismo y de la heteronormatividad. El modelo de género —incluido el entendimiento de las mujeres como destinadas para la maternidad— y de la sexualidad —que siempre se entiende heterosexual y reproductiva— están inscritos en muchos órdenes normativos, no sólo el jurídico. El reto que esto plantea para el derecho, para que *desde el derecho* se desmonten estas creencias y prácticas, es enorme. Pasa por cuestionar nuestra visión de la familia, el funcionamiento del sistema económico, el papel y lugar de las escuelas y de todo el aparato estatal mismo, por decir lo menos. Las políticas públicas que se tendrían que estar implementando para desmantelar estos modelos son múltiples y complejas.

Dentro de lo jurídico, hay mucho que debe revisarse. Por ejemplo: creo que tanto el caso del matrimonio igualitario, como el del aborto han demostrado hasta qué punto los medios jurisdiccionales para proteger los derechos —empezando por el amparo— sirven de poco. El caso del matrimonio igualitario ha demostrado hasta qué punto ni siquiera la jurisprudencia de la SCJN es suficiente para que las legislaturas modifiquen sus leyes (sólo en 10 entidades federativas las parejas se pueden casar sin necesidad de recurrir a un amparo: Ciudad de México, Quintana Roo, Chihuahua, Coahuila, Nayarit, Jalisco, Campeche, Michoacán, Morelos y Colima). El caso del aborto, por su parte, ha mostrado qué difícil es que siquiera se llegue a litigar. Por cómo se ha interpretado el interés jurídico, se ha vuelto necesario que las mujeres estén sujetas ya a un proceso penal, para considerar que hay un daño que se puede cuestionar jurisdiccionalmente.[37] Esto ha dificultado el litigio, haciendo que no sea una vía adecuada para la protección de los derechos.

Dado que este ensayo es parte de un volumen dedicado a reflexionar sobre el centenario de la Constitución, sin embargo, me parece importante enfocarme en esta última parte en el lugar que juega nuestra concepción misma de la Constitución en la violación sistemática de los derechos sexuales y reproductivos. Dentro de los muchos factores que fomentan y justifican estas violaciones, creo que uno de ellos es cómo entendemos a la Constitución y las "prácticas constitucionales" que, en el país, son las comunes. Una, en particular, me parece sumamente problemática: la de quererlo explicitar todo en la Constitución.

Como mencioné previamente, el *término* "derechos sexuales y reproductivos" no viene ni en la Constitución, ni en ningún tratado internacional. Lo que existen son derechos que se aplican a la sexualidad y a la reproducción, como se pueden aplicar a otros aspectos de las vidas de las personas. Sí: existen algunos derechos que sí cuentan con un fundamento textual —el derecho a decidir es uno de ellos—, pero

[37] El último intento de litigio en materia de aborto es el Amparo en Revisión 1388/2015, que fue desechado por la SCJN precisamente por una cuestión procesal. Están también los tres amparos que se presentaron en Colima, en relación con una reforma constitucional en la que se protegía la vida "desde la concepción", que también fueron desechados por el interés jurídico, considerando que prácticamente tendría que haber una afectación "directa" —una denegación de un servicio, una orden de aprehensión— para que se pudiera litigar (estos son los Amparos en Revisión 633/2010, 644/2010 y 687/2010). Véase Vela Barba, E., *Current Abortion Regulation in Mexico*. Documento de Trabajo, núm. 50, México, CIDE, 2010. Disponible en: *http://www.libreriacide.com/librospdf/DTEJ-50.pdf*.

la gran mayoría no. Esto, he sostenido a lo largo de este ensayo, no tendría por qué importar: hay suficientes elementos constitucionales para ir resolviendo los casos relacionados con la sexualidad y con la reproducción conforme vayan surgiendo.

Hay, por lo tanto, dos posibilidades: entender a la Constitución como un documento que sienta bases mínimas y que es la labor de las distintas autoridades construir sobre esa base; o entender a la Constitución como un documento que debe incluir cuanto detalle sea posible, lo que lleva a que, si el detalle no está en el texto, se entiende que no existe, que sigue "en disputa". Estas dos posibilidades, estas dos formas de entender y utilizar a la Constitución, no sólo aplican a los temas sexuales y reproductivos en el país. Creo, precisamente, que es una disyuntiva a la que distintos movimientos se enfrentan una y otra vez. La pelea "por el detalle" se está dando en la sede constitucional. Y basta ver a la Constitución, en los términos en los que está actualmente, para ver que el textualismo es el que está ganando.

Caben, por lo tanto, dos preguntas: ¿cuáles son las ventajas de optar por esta forma de entender y usar a la Constitución? Y, fundamental: ¿cuáles son sus desventajas?, ¿qué se pierde? La reflexión me parece urgente, porque de ello depende la ruta por la que se opte: dónde habría que concentrar los esfuerzos de activistas, qué cabría exigir de las autoridades jurisdiccionales y qué se podría pelear en distintas sedes. Hay ganancias, pero también hay costos de optar por la ruta del textualismo constitucional.

No hay, de hecho, mejor ejemplo de los costos de la ruta textualista que la misma historia de la discriminación por orientación sexual en el país. Como mencioné previamente, en 2001 se introdujo, de forma explícita, el derecho a la no discriminación en el artículo 1o. constitucional. Se prohibió la discriminación, entre otras causas, por las "preferencias" de una persona. Que esto, en sí, pudo haber sido innecesario, lo muestra el caso de *Karen Atala*, resuelto por la Corte Interamericana, en el que determinó que la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohibía la discriminación por "orientación sexual" a pesar de que no lo decía con todas sus letras. La lógica del derecho a la no discriminación, argumentó la Corte Interamericana, lleva a proteger a las personas de la discriminación que surja por "causas similares" a las explicitadas. La orientación sexual es una de ellas. A pesar de esta posibilidad interpretativa, sin embargo, en México se optó por incluir las "preferencias" dentro de las categorías sospechosas.

Que estas "preferencias" se referían a las sexuales y, dentro de las sexuales, a la orientación sexual, no había duda. La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, aprobada un año después de la reforma constitucional, incluyó las "preferencias *sexuales*" dentro de su listado de motivos prohibidos de discriminación. La misma SCJN, en un fallo *no* relacionado con los derechos de las personas LGBT, reconoció que la Constitución sólo se podía referir a ese supuesto.[38] En el primer

[38] Por lo que se refiere a las normas que usan criterios específicamente mencionados como motivos prohibidos de discriminación en el artículo 1o., hay que tomar en consideración los propósitos que el constituyente persigue mediante esa mención explícita, que no son sino proteger de los eventuales y con frecuencia graves efectos del prejuicio a personas o a grupos que cuentan con una historia de desventaja o victimización, o cuyos intereses —por razones que en gran parte tienen que ver con su

fallo de matrimonio igualitario, de 2010, la SCJN entendía que la Constitución ya prohibía la discriminación por orientación sexual y así es como validó, de hecho, que las parejas del mismo sexo hayan tenido abiertas las puertas al proceso de la adopción.

A pesar de que el cambio constitucional *no* era necesario, porque tanto la SCJN, como otros órganos de derechos humanos estaban entendiendo a la discriminación por orientación sexual como prohibida, se insistió en que era necesario agregar al texto constitucional la palabra "sexuales", para que ya todas las autoridades lo tuvieran claro. Como si el problema fuera la falta de claridad del texto. Y esto es lo peligroso: que, al ponerlo a discusión, se admite implícitamente que el texto no es claro. En este caso, que la discriminación por orientación sexual no estaba proscrita ya. Porque, ¿para qué prohibir lo que ya estaba prohibido? Esto sólo tiene sentido si no lo está. La propuesta de adición formó parte del paquete de la reforma de derechos humanos de 2011. La adición fue discutida en la sede constitucional y corrió el riesgo de no ser aprobada. Al final se aprobó, no sin una pelea de por medio.

El "efecto" buscado de la reforma no llegó, no "arregló" el problema de la violación de los derechos de las personas LGBT. A pesar de esa adición y, a pesar de los más de 15 fallos de la SCJN que se convirtieron en jurisprudencia, las autoridades siguen violando los derechos de las personas LGBT, particularmente en lo que se refiere al acceso al matrimonio. Ante este panorama, una de las "soluciones" que se ha propuesto es, otra vez, una reforma constitucional. El presidente Enrique Peña Nieto introdujo una iniciativa que busca incluir en el artículo 4o. constitucional el siguiente texto: "toda persona mayor de dieciocho años tiene derecho a contraer matrimonio y no podrá ser discriminada por origen étnico o nacional, género, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, preferencias sexuales o cualquier otra que atente contra la dignidad humana". ¿Qué aporta constitucionalmente? Nada. Incluso si la mayoría de los estados aprueban esta adición, eso no transforma automáticamente a sus códigos civiles, que es donde está el problema actualmente. Seguiría siendo necesario el litigio para acceder al matrimonio, como lo es ahora. El problema con la iniciativa no es sólo que es constitucionalmente inútil, sino que ha despertado a las fuerzas conservadoras, que se han movilizado como nunca antes porque, "ahora sí", este derecho quedará consagrado en la Constitución. Esto significa, por supuesto, que ahora "no lo está". El efecto que está

identificabilidad con el rasgo que la Constitución menciona— pueden no ser tenidos en cuenta por el legislador o los demás poderes públicos del mismo modo que los intereses de todos los demás. Sin esta operación interpretativa previa, el ejercicio de aplicación del artículo 1o. podría desembocar fácilmente en absurdos. Por poner un ejemplo, el artículo 1o. dispone expresamente que "queda prohibida toda discriminación motivada por… las preferencias". Sin embargo, es claro que sería absurdo pensar que la Corte debe revisar con especial cuidado las leyes que organizan su contenido normativo haciendo distinción entre los que tienen la "preferencia" de robar y los que no albergan esta preferencia, o entre los que tienen la preferencia de incendiar bosques y los que no. En cambio debe hacerlo respecto de personas o colectivos identificados socialmente en alusión a ciertas preferencias sexuales. En este país como en otros, hay pautas culturales, económicas, sociales —históricamente rastreables y sociológicamente distintivas— que marcan a personas con orientación u orientaciones sexuales distintas a las que se perciben como mayoritarias. El escrutinio cuidadoso o intenso de las normas legales que tuvieran que ver con este factor estaría plenamente justificado (SCJN AR 2199/2009).

teniendo el textualismo es la negación de los derechos que no están textuales en la Constitución. Bajo esta lógica, hasta que la Constitución no defina al matrimonio como la unión de dos personas para formar una comunidad de vida, la cuestión no quedará resuelta. Insistir en la ruta del textualismo es siempre volver al punto cero: al de la *existencia* del derecho.

La ruta "alternativa", que entiende a la Constitución como un documento que sienta las bases y al que hay que *concretar*, me parece una vía con menos desventajas, al menos. Es, de entrada, una vía que sí se utiliza ya para algunos derechos.[39] La libertad de expresión es el mejor ejemplo de ello. Los tribunales constitucionales del mundo se han encargado de ir dotándola de sentido sin que sea necesario que las Constituciones y los tratados internacionales expliciten cada uno de los medios que este derecho tutela. De optarse por esta vía, las disputas sobre el alcance de los derechos persistirían, por supuesto, pero en distintas sedes, que es, de cualquier manera, donde las disputas tendrían que darse. Al final los derechos tienen que ser concretados, materializados, exigidos. Dejar de insistir en que el problema es *constitucional*, permite ver el problema como uno de implementación. Que es *el* reto al que nos enfrentamos, de cualquier forma. La pregunta es: ¿cómo entendemos a la Constitución y cómo concebimos la labor de interpretarla?

III. Bibliografía

Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004.

Baruch-Domínguez, R. *et al.*, "Homophobic Bullying in Mexico: Results of a National Survey", *Journal of LGBT Youth*, 13:1-2, 18-27, 2016.

Carbonell, M. (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Castro, R., "Génesis y práctica del *habitus* médico autoritario en México", *Revista Mexicana de Sociología* 76(2): 167-197, 2014.

——— y Erviti, J., "25 años de investigación sobre violencia obstétrica en México", *Revista CONAMED*, 2014, 19(1): 37-42.

Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, General Comment No. 22 on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights), 2016, E/C.12/GC/22.

[39] En Estados Unidos, Laurence Tribe se ha encargado de reflexionar sobre cuáles son los principios o derechos constitucionales que se utilizan y que están consolidados, a pesar de que no tienen un fundamento textual en la Constitución. Valdría la pena hacer el mismo ejercicio en México. Aquí me limito a señalar a la libertad de expresión porque es el derecho que mejor conozco, pero no dudo que existan más ejemplos (Tribe, L., *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, 2008).

COOK, R. y UNDURRAGA, V., "Article 12 [Health]", en Freeman, M. *et al.* (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

DE BARBIERI, Teresita, "Derechos reproductivos y sexuales. Encrucijada en tiempos distintos", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 62, núm. 1, 2000.

DE JESÚS-REYES, D., "Comportamiento sexual y reproductivo de las mujeres adolescentes en México: evolución, situación actual y retos para el futuro", *Journal of the Institute of Iberoamerican Studies*, vol. 16, núm. 1, 2014, pp. 165-208. Disponible en: *http://www.lakis.or.krwww.lakis.or.kr/upload/userFile/2014/10/13/06-David_de_Jesus-Reyes_Comportamiento_Sexual_y_Reproductivo_de_las_Adolescentes_en_Mexico3.pdf*.

DISABILITY RIGHTS INTERNATIONAL Y EL COLECTIVO CHUHCAN, "Abuso y negación de derechos sexuales y reproductivos a mujeres con discapacidad psicosocial en México", 2015. Disponible en: *http://www.driadvocacy.org/wp-content/uploads/Informe-M%C3%A9xico-Mujeres-FINAL-Feb2415.pdf*.

ERVITI, J., *El aborto entre mujeres pobres. Sociología de la experiencia*, México, UNAM, 2005. Disponible en: *http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsdl/collect/mx/mx-020/index/assoc/D398.dir/Abortomujpobres.pdf*.

FRIED, Susana, "Sexuality and Human Rights", *Health and Human Rights*, vol. 7, núm. 2, 2014, pp. 273-304.

FROHMADER C. y ORTOLEVA, S., "The Sexual and Reproductive Rights of Women and Girls with Disabilities", 2013. Disponible en: *http://addc.org.au/documents/resources/issues_paper_srr_women_and_girls_with_disabilities_final_1340.pdf*.

GEBHARD, J. y TRIMIÑO, D., "Reproductive Rights, International Regulation", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, and Oxford University Press, 2012. Disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r16912.pdf*.

GIRE, *Omisión e indiferencia. Derechos reproductivos en México*, México, GIRE-Radar 4, 2013. Disponible en: *https://www.gire.org.mx/publicaciones/libros/omision_indiferencia.pdf*.

———, *Niñas y mujeres sin justicia. Derechos reproductivos en México*, México, GIRE-Radar 4, 2015a. Disponible en: *http://informe2015.gire.org.mx/*.

———, *Violencia obstétrica. Un enfoque de derechos humanos*, México, GIRE-Fundación Angélica Fuentes, 2015b. Disponible en: *https://gire.org.mx/images/stories/Informes/informeviolenciaobstetrica2015.pdf*.

MADRAZO, A., "Narrativas sobre la personalidad jurídica del no nacido en la regulación del aborto", en COOK, R. *et al.*, *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, México, Fondo de Cultura Económica-CIDE, 2016.

MADRAZO, A. y VELA BARBA, E., "The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution?", *Texas Law Review*, vol. 89, 2011.

———, "Conservando esencias: el uso conservador del lenguaje de los derechos fundamentales (dos estudios de caso)", en MUJICA, J. y VAGGIONE, J. M. (eds.), *Conservadurismos, religión y política. Perspectivas de investigación en América Latina*, Católicas por el Derecho a Decidir, 2013.

MENDOZA, J. C. *et al.*, *Principales resultados del diagnóstico situacional de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, trasvestis, transexuales, intersexuales y queers de México*, México, UAM y otros, 2015.

MILLER, A., "Sexual but not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights". *Health and Human Rights*, vol. 4, núm. 2, 2000. Disponible en: *http://www.eldis.org/fulltext/Miller_sexual-but-not-reproductive.pdf*.

——— y ROSEMAN, M., "Sexual and Reproductive Rights at the United Nations: frustration or fulfillment?", *Reproductive Health Matters*, vol. 19, 2011a.

———, "Normalizing Sex and Its Discontents: Establishing Sexual Rights in International Law", *Harvard Journal of Law & Gender*, vol. 34, 2011b.

NACIONES UNIDAS, Reproductive Rights are Human Rights. A Handbook for National Human Rights Institutions. UNFPA-The Danish Institute for Human Rights-United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, 2014. Disponible en: *http://www.ohchr.org/Documents/Publications/NHRIHandbook.pdf*.

ORTOLEVA, S. y LEWIS, H., "Forgotten Sisters. A Report on Violence against Women with Disabilities: An Overview of Its Nature, Scope, Causes, and Consequences", *Northeastern Public Law and Theory Faculty Research Papers*, 2012. Disponible en: *http://www.panusp.org/wp-content/uploads/2013/02/Forgotten-Sisters-2012.pdf*.

PARKER, R. *et al.* (eds.), *Políticas sobre sexualidad. Reportes desde las líneas del frente*, México, Sexuality Policy Watch-Fundación Arcoiris por el Respeto a la Diversidad Sexual-Grupo de Estudios sobre Sexualidad y Sociedad, 2008. Disponible en: *http://sxpolitics.org/es/wp-content/uploads/sites/3/2016/03/sexpolitics-en.pdf*.

SCHIAVON, R., "Derecho a la vida, salud y derechos de las mujeres. Aportaciones desde México", 2015. Disponible en: *http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/Discussion/2015/Ipas_M%C3%A9xico.docx*.

SCJN. Tesis aislada. PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXII, septiembre de 2010, tesis 1a. CIV/2010.

———, Amparo Directo 21/2012. Resuelto por la Primera Sala. Sentencia a cargo del ministro Arturo Zaldívar (sobre el aborto y el debido proceso), 2014.

SHALEV, C., "Rights to Sexual and Reproductive Health. The ICPD and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women". Paper presented at the International Conference on Reproductive Health, Mumbai, 15-19 March 1998. Disponible en: *http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/shalev.htm*.

SPADE, D., *Normal Life. Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of the Law*, Estados Unidos, Duke University Press, 2011.

STERN, Claudio, *El problema del embarazo en la adolescencia: contribuciones a un debate*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, 2012.

VARIAS AUTORAS, *Reproductive Justice Briefing Book: A Primer on Reproductive Justice and Social Change*, Berkeley, California, UC Berkeley School of Law, 2007.

VELA BARBA, E., *Current Abortion Regulation in Mexico*. Documento de Trabajo, núm. 50. México, CIDE, 2010. Disponible en: *http://www.libreriacide.com/librospdf/DTEJ-50.pdf*.

———, "¿Derechos sexuales y reproductivos? ¿¡DE NIÑOS Y NIÑAS!?" *Animal Político: inter(sex)iones*, 4 de noviembre de 2014. Disponible en: *http://www.animalpolitico.com/blogueros-intersexiones/2014/11/04/derechos-sexuales-y-reproductivos-de-ninos-y-ninas/#_edn2*.

———, "Same-sex Unions in Mexico: Between Text and Doctrine", en Sáez, M. (ed.), *Same-sex Couples: Comparative Insights on Marriage and Cohabitation*, Springer, 2015.

YAAJ México, Resultados de la Encuesta Nacional sobre Discriminación y Juventudes LGBTI, México, 2016. Disponible en: *https://issuu.com/yaajmexico/docs/encuesta-baja*.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, Sexual health, human rights, and the law, 2015. Disponible en: *http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/175556/1/9789241564984_eng.pdf*.

EL RÉGIMEN DE APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA, 1917-2017

Guillermo Raúl ZEPEDA LECUONA*

SUMARIO: I. *Algunos antecedentes*. II. *Alguna evidencia empírica sobre la eficacia del derecho, la libertad durante el proceso penal y las condiciones de internamiento*.

> El elemento más perturbador y aberrante fue sin duda la invención fascista de la obligatoriedad de la captura. Es claro que el automatismo producto de la obligatoriedad resuelve *ex lege* el problema de los criterios y, por ello, de la función de la prisión preventiva, puesto que implica una presunción legal absoluta de peligrosidad, poco importa si de tipo procesal (peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas) o penal (peligro de nuevos delitos futuros por parte del imputado en libertad). Y sobre todo es claro que tal presunción absoluta de peligrosidad —al derivarse (no de la prueba, sino) de "suficientes indicios de culpabilidad", es decir, del mismo tipo de indicios requeridos para formular la imputación— equivale por completo a una presunción de culpabilidad del imputado.
>
> Luigi Ferrajoli[1]

La regulación constitucional de la libertad provisional y la prisión preventiva ha sido objeto de intenso debate y ha dado lugar, desde la promulgación de la Constitución vigente, en 1917, a seis regímenes de estas instituciones: (1917-1948), (1948-1985), (1985-1993), (1993-1996), (julio de1996-junio de 2008),[2] y de

* Director de Jurimetría Iniciativas para el Estado de Derecho, A.C., miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel II. Se agradece el apoyo para el desarrollo de esta línea de investigación sobre el Nuevo Sistema de Justicia Penal y Derechos Humanos a la Fundación MacArthur.

[1] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 554.

[2] Con un régimen transitorio brinda un periodo de *vacatio legis* de hasta ocho años.

junio de 2008 a la fecha el nuevo régimen incorporado por la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008. En este apartado describiremos brevemente los diversos sistemas institucionales de la libertad provisional y la prisión preventiva que han estado vigentes en el país a partir de 1917, así como el contenido y alcance del régimen vigente.

I. Algunos antecedentes

De acuerdo con el mensaje que le acompañaba, el proyecto de reformas a la Constitución de 1857 enviado en 1916 por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza al Congreso de Querétaro (que se constituiría en Congreso Constituyente, emitiendo una nueva carta magna en 1917), se destacaban dos aportaciones fundamentales al constitucionalismo mexicano: se revolucionaría el sistema procesal penal terminando con muchas injusticias, y se incorporaría el municipio libre al texto constitucional.

El diagnóstico del que partió la renovación del sistema penal en la Constitución mostraba el total descrédito de un sistema de justicia que había regido por mucho tiempo al país *no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias*,[3] y en el que se señalaba como responsables de muchas de sus atrocidades a los jueces. El mensaje de Venustiano Carranza señalaba:

> Los jueces mexicanos han sido, durante el periodo corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizadas a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar… la sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces… [quienes llegaban a] desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley.[4]

Por ello, no sorprende que las disposiciones constitucionales referentes a la justicia penal reflejen esta desconfianza. La regulación de la libertad provisional no fue la excepción. El Mensaje que acompañó el proyecto refirió sobre el particular: "La ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo fianza durante el curso de su proceso; pero tal facultad quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de

[3] Carranza, Venustiano, *Mensaje y Proyecto de Constitución*, Querétaro, s.e., 1916, citado en Fix-Zamudio Héctor, "La función constitucional del ministerio público", en Ovalle Favela, José (comp.), *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 102.

[4] *Mensaje y Proyecto de Constitución* de Venustiano Carranza, Querétaro, s.e., 1916, citado en Cámara de Diputados, LV Legislatura, "Derechos del Pueblo Mexicano", t. III: *México a través de sus Constituciones*, México, Porrúa, 1994, p. 1001.

los jueces, quienes podían negar la gracia con sólo decir que tenía temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia".[5]

Con estos antecedentes, se acuñó una de las características que fue constante desde 1917 hasta la reforma de junio de 2008: los criterios para acordar o negar la libertad provisional se establecen por la ley, desplazando al juez, quien sólo determinaba el monto de la fianza, en caso de que ésta procediera de acuerdo con la ley.

Régimen 1917-1948. En 1917, el primer régimen sobre la libertad provisional se estableció en los siguientes términos:

> Artículo 20. En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías:
>
> I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo de fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.[6]

El artículo 20 planteaba como regla, consistente con el principio de excepcionalidad, el derecho inmediato a la libertad provisional, restringiéndose sólo en caso de que el delito del que fuera inculpado tuviera prevista una sanción mayor de cinco años de prisión. La interpretación de esta disposición fue en el sentido de que se considerara el límite máximo de la sanción prevista. En este sentido se reguló en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (CPPDF) de 1931 (artículo 555). Sin embargo, la Suprema Corte, admitiendo el argumento de que antes de que se dictara la sentencia no se podía determinar en concreto la pena que correspondía, señaló que para la aplicación de la garantía constitucional debería de considerarse el término medio aritmético de la pena[7] ("el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos", artículo 268 del CPPDF, vigente para el sistema tradicional a partir de junio de 2016).

Para determinar la fianza, el juez consideraría las circunstancias personales del inculpado y la gravedad del delito que se le imputara. El límite superior del monto de la fianza, de acuerdo con el artículo transcrito, se fijaba en 10 mil pesos.

Desde entonces se estableció el límite temporal para la prisión preventiva vigente hasta la actualidad. El mismo artículo 20 en su fracción décima señalaba: "Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso… en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención".[8]

---

[5] *Ibidem*, p. 880. También citado en García Ramírez, Sergio, "El sistema penal constitucional y la libertad provisional del inculpado", *Reforma constitucional y penal de 1996*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1997, p. 44.

[6] *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Ed. Herrero, 1917, p. 15.

[7] Zamora Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, México, Porrúa, 2003, p. 421. *Cfr*. p. 164.

[8] *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,* 1917, *op. cit.*, p. 17.

Sobre un supuesto de procedencia de la prisión preventiva y las condiciones de reclusión de los procesados se establecieron dos normas que siguen vigentes (con ligeros cambios en la redacción que no modifican su alcance): Artículo 18. "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de ésta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas".[9]

Régimen 1948-1985. La reforma de 1948[10] incluyó en el texto constitucional el principio jurisprudencial de atender al término medio aritmético de la pena privativa de libertad; se incrementó el límite superior del monto de la fianza que había quedado desfasada por la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

El nuevo límite era de 250 mil pesos, que podía ser excedido considerando el beneficio económico obtenido *para su autor* o el daño patrimonial infligido a la víctima, pues en estos casos el monto de la garantía sería *cuando menos* tres veces mayor a dicho beneficio o daño. Se consideró la posibilidad de otorgar caución hipotecaria.[11]

Régimen 1948-1985. 36 años después, el régimen constitucional de la libertad provisional fue modificado de nuevo. El 14 de enero de 1985 se publicó la reforma a la fracción primera del artículo 20 constitucional.[12] Esta revisión del texto constitucional recogió algunas de las inquietudes doctrinarias y prácticas introducidas por

---

[9] *Ibidem*, p. 14.

[10] La reforma constitucional se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de diciembre de 1948. El texto reformado de 1948 señalaba:

"Artículo 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

"I. Inmediatamente que lo solicite, será puesto en libertad bajo fianza, que fijará el juez, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo responsabilidad del juez en su aceptación.

"En ningún caso la fianza o caución será mayor de $250,000.00, a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado".

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 1956, p. 15.

[11] García Ramírez, Sergio, *Poder judicial y ministerio público*, México, Porrúa-UNAM, 1997, cita de p. 45.

[12] El texto reformado señalaba:

"Artículo 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

"I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del Juzgador en su aceptación.

"La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

el legislador ordinario e instrumentadas por los funcionarios de las procuradurías y tribunales. Por ejemplo, una de las transformaciones consistió en que al analizar la procedencia de la libertad provisional, debería considerarse la sanción prevista para el delito *incluyendo sus modalidades*, a esta disposición se le atribuyó el mérito de que implicaba que el juzgador debería de tomar en consideración "la pena aplicable al delito efectivamente cometido y no sólo la que deba imponer, conforme a la hipótesis de cada fórmula legal, al delito básico… la concesión o la negativa del beneficio se conectan a la verdadera materia del enjuiciamiento".[13] El contenido de esta reforma constitucional ya se había introducido en reformas legales de los códigos penales y de procedimientos en materia federal realizadas en 1983.[14]

Se modificó la referencia al pago de una *fianza*, para sustituirla por la denominación más apropiada de *caución* (en el sentido de que no sólo correspondía a un depósito en numerario, sino que podía adoptar otras modalidades como la hipoteca).[15] Se dejaron de establecer cifras nominales para el monto de la caución, utilizando múltiplos del salario mínimo general vigente en el lugar donde se cometió el delito. La regla general (denominada por García Ramírez, régimen ordinario[16]) era la de un máximo del equivalente a la percepción de dos años del salario mínimo, que podría incrementarse por el juez hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo, "en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada…" (denominado régimen agravado o reforzado).[17]

Además de considerar los daños de la víctima al momento de determinar la caución, se incluyen los perjuicios sufridos (ganancia lícita que se deja de percibir o costo de oportunidad de los recursos que se dejan de utilizar o recibir a causa del ilícito). En la determinación de la caución se adicionan dos párrafos a la primera fracción del artículo 20, estableciendo regímenes diferenciados tanto para delitos intencionales, como para los no intencionales o preterintencionales.

La revisión del texto constitucional no agregó una práctica que ya tenía fundamento en la legislación ordinaria y que implicaba una ampliación de la garantía a la libertad del imputado. Como señala Sergio García Ramírez,[18] los derechos establecidos en la Constitución son apenas un catálogo mínimo cuyo número o alcance

---

"Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

"Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y los perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores".

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 1985, pp. 16-17.

13 García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, México, Porrúa, 1995, cita de pp. 360 y 361.

14 *Ibidem*, p. 360. El artículo en el que se establecía este criterio era el 399 del Código Federal de Procedimientos Penales. *Idem*.

15 Zamora Pierce, Jesús, *op. cit.*, p. 167.

16 García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 48.

17 *Idem*.

18 *Ibidem*, p. 46 y García Ramírez, *op. cit.*, pp. 359 y 360.

pueden ser ampliados por la legislación ordinaria. A raíz de la experiencia práctica de ver la proliferación de accidentes de tránsito y los delitos imprudenciales derivados de los mismos, se reflexionó sobre la posibilidad de reducir las molestias a los participantes en esos ilícitos y en 1971 se otorgó, en la legislación en el ámbito local del Distrito Federal (artículo 271), al Ministerio Público la posibilidad de otorgar en estos casos la libertad caucional a los inculpados.[19] Posteriormente la innovación de la denominada *libertad previa*[20] se plasmó en las disposiciones federales (artículo 135 del Código Procesal Federal). Sería hasta 1993 cuando el texto constitucional incorporó la posibilidad de obtener la libertad provisional ante el Ministerio Público.

De pronto, en 1991 se dio un punto de inflexión, un cambio de rumbo, que lamentablemente no perduró por mucho tiempo. Por un lapso de 40 meses, se dio un paréntesis en la tendencia constitucional de negar al juez capacidad de decisión sobre la libertad del procesado.

De la descripción hecha del devenir normativo del régimen de la libertad provisional en México se desprende que en 1991 existían dos rumbos posibles de acción al determinar si una persona que recibía auto de formal prisión podía acceder a la libertad provisional bajo caución: si el término medio aritmético de la pena de prisión era inferior a los cinco años, la liberación procedía por disposición legal (sin posibilidad de intervención del juez); si el término medio aritmético de la pena de prisión era superior a los cinco años, también derivada de una presunción legal, no procedía su liberación (el juez tampoco podía intervenir).

Régimen 1993-1996. En enero de 1991 el legislador ordinario inauguró una tercera alternativa a costa de la segunda opción, estableciendo en el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP),[21] y el 556 del CPPDF que aun

---

[19] Existe un antecedente anterior en la legislación del Estado de México (en el artículo 154 del Código de Procedimientos Penales), que data de 1960. *Cfr.* Zamora Pierce, Jesús, *op. cit.*, p. 174; y García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 46.

[20] García Ramírez, *op. cit.*, p. 360.

[21] El texto de este artículo establecía:

Artículo 399. Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponde al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, y no se trate de los delitos señalados en los siguientes párrafos de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

I. Que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño;

II. Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social;

III. Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

IV. Que no se trata de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirían a la acción de la justicia.

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trata de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: 60, 123, 124, 125, 127, 128, 132 a 136, 139, 140, 145, 146, 147, 149 bis, 168, 170, 197, 198, 265, 266, 266 bis, 302, 307, 315 bis, 320, 323, 324, 325, 326, 366 y 370 segundo y tercer párrafo, cuando se realice en cualesquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracciones VIII, IX y X y 381 bis.

en delitos cuya media aritmética de las sanciones privativas de libertad que tuvieran previstas, fuera superior a los cinco años, podían acceder, con la verificación y decisión del juzgador, a la libertad provisional si se satisfacían cuatro requisitos: *a)* que se garantice la reparación del daño; *b)* que la concesión de la libertad no apareje un grave peligro social; *c)* que no exista riesgo fundado de sustracción a la justicia, y *d)* que no se trate de reincidentes o habituales.[22]

Verificar y determinar si se satisfacían estas condiciones correspondía al juez, inaugurando la posibilidad de control judicial en la determinación de la procedencia de la libertad provisional y, su contrapartida, la aplicación, en su caso, de la prisión preventiva.

El legislador se reservaba ciertos delitos, referidos en los mismos artículos, dentro de esta categoría de delitos con pena privativa de libertad con media aritmética de más de cinco años, en los que el juez no podría acordar la liberación provisional del procesado. Así se inauguraba también, en contrapartida, la ominosa práctica legislativa de establecer listados de delitos inexcarcelables.

Esta figura fue un paso muy significativo que pretendía reestablecer el principio del control judicial de la aplicación de la prisión preventiva. Como señalaba Jesús Zamora Pierce, "estamos ante una verdadera revolución copernicana".[23] Se había logrado este avance sustantivo en el alcance del derecho a la libertad, por la ya visitada ruta de la reforma a la legislación ordinaria, sin necesidad de activar el proceso de revisión constitucional.

Sin embargo, el legislador federal nuevamente activó el procedimiento para revisar el régimen constitucional de la libertad provisional. Algunos pensaron que se adoptaría en el ámbito constitucional el régimen ya vigente en la legislación federal y en el ámbito de competencia local en el Distrito Federal. De hecho algunos tratadistas consideran que la intención de la reforma, como parecía desprenderse de la exposición de motivos, era que más personas pudieran enfrentar sus procesos en libertad.[24]

De igual modo, para los efectos del segundo párrafo de este artículo, no se concederá el derecho de libertad provisional respecto a los delitos previstos en el artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y en los artículos 102, 104, 105, 108, 109 y 115 bis del Código Fiscal de la Federación.

En la determinación que dicte, el juez fundará y motivará el otorgamiento o la negativa de libertad, así como la revocación de ésta, en su caso, tomando en cuenta las prevenciones constitucionales y legales aplicables. En lo que respecta a la determinación del monto de la caución, se hará señalamiento específico sobre los daños y perjuicios, en la medida en que de las actuaciones se desprendan datos para fijar unos y otros. El juez valorará lo actuado, asimismo, para resolver si se trata de delito intencional, preterintencional, o imprudencial, con el propósito de precisar las consecuencias de esta clasificación para los efectos de la garantía debida.

Fuera de los casos de libertad ordenada por órgano jurisdiccional, o de aquellos a que se refiere el artículo 107 constitucional, en ningún otro se excarcelará al inculpado sin que previamente el encargado del reclusorio lo notifique personalmente al Ministerio Público.

Tomado de Díaz de León, Marco Antonio, *Código Federal de Procedimientos Penales comentado*, México, Porrúa, México, 1991, pp. 484-485.

[22] García Ramírez Sergio, *op. cit.*, p. 50.

[23] Zamora Pierce, Jesús, *op. cit.*, p. 168.

[24] Por ejemplo, Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La prisión preventiva en México, condena por adelantado o medida de seguridad encubierta*, México, Porrúa, 2004, p. XVIII, señala: "La gran reforma de 1993 que

Incluso, algunos doctrinarios consideraron que la reforma pecaba de exceso, por ejemplo, Jesús Zamora Pierce advertía como una desventaja el que los requisitos (para que el juez acordara la libertad) que debían satisfacerse para invocar la norma procesal no fueron recogidos por la norma constitucional, luego entonces, el juez queda ahora sujeto al deber imperativo de conceder la libertad, aun cuando tenga razones para temer que tal concesión constituye un grave peligro social o que el procesado evadirá la acción de la justicia. En todo caso, debemos aplaudir la reforma por cuanto, al reducir el número de procesados sujetos a prisión preventiva, ajusta nuestro derecho al principio de presunción de inocencia.[25]

Sin embargo, el órgano revisor de la Constitución no dio garantías a sus aparentemente buenas intenciones. Después de un proceso legislativo precipitado, que también realizó controvertidas transformaciones a otros numerales de la carta magna,[26] se publicaron reformas al artículo 20 constitucional el 3 de septiembre de 1993.[27] El constituyente permanente no consideró la innovación de la legislación ordinaria de una tercera vía con control judicial; abandonó el criterio de la media aritmética de las penas privativas de libertad, optando por el muy desafortunado y criticado régimen de establecer que los delitos considerados *graves* serían inexcarcelables. Sin embargo, aun en este inapropiado esquema se pudieron intentar garantías, como establecer un número limitado de delitos *graves*; sin embargo, se dejó al legislador ordinario la determinación de qué delitos deberían considerarse como graves. Los diputados locales y los legisladores federales no mantuvieron la esfera de garantía propuesta en 1991, emprendiendo, en su mayoría, la elaboración y frecuente ampliación de catálogos de delitos graves.

---

pretendió invertir la regla anterior, que mantenía en prisión a los procesados por delitos cuyo término medio aritmético excediera de cinco años de prisión, para que, con esta reforma, todo acusado pudiera enfrentar su proceso en libertad, a menos que se tratara de delitos que por su gravedad la ley prohibiera expresamente conceder ese beneficio. Los delitos graves fueron unos cuantos, pero esto no duró, ya que la reforma legislativa quedó nulificada con las posteriores reformas, que en forma desmesurada aumentaron diversas conductas como delitos graves, no sólo en el Código Penal, sino también en las leyes especiales".

[25] Zamora Pierce, Jesús, *op. cit.*, p. 168.

[26] Esta serie de reformas constitucionales se analizan detalladamente en García Ramírez, Sergio, *op. cit*.

[27] El texto reformado, que conformó el cuarto régimen constitucional de la libertad provisional, fue el siguiente:

"Artículo 20. En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial.

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso".

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 1994, p. 17.

Pronto los legisladores del país olvidaron los *cambios copernicanos* de 1991 y optaron por abjurar espontáneamente de la creencia en el arbitrio judicial de la medida cautelar, parafraseando a Galileo Galilei, musitaron: *y sin embargo… cárcel*.

Por lo que se refiere a la determinación del monto de la caución, se quitó el límite máximo que habían estilado los tres regímenes anteriores; se estableció la prescripción de que el monto de la caución debía ser *asequible*; el monto además, sería susceptible de ser disminuido (no se contempló la posibilidad de incrementarlo) y se contemplaron como conceptos a considerar para la determinación del monto de la caución la reparación del daño a la víctima del delito, así como cubrir las posibles sanciones económicas (multa). No se incluyó el fin tradicional de caucionar las obligaciones procesales, principalmente la de comparecer al proceso. Aunque esta obligación se estableció en la legislación ordinaria,[28] constituía un requisito gravoso no previsto en la Constitución, por lo que su validez fue exitosamente impugnada ante la justicia constitucional, por vía de amparo. Se estableció la posibilidad de revocar la libertad provisional si el imputado incumpliera, *en forma grave*, cualquiera de las obligaciones derivadas del proceso. Por último, se incorporó a la Constitución la posibilidad, como se ha visto ya vigente en la legislación ordinaria, de acceder a la libertad provisional durante la averiguación previa.

Régimen 1996-2008. En 1996 se aprobaron nuevas reformas al artículo 20, fracción primera de la Constitución (publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de julio de ese año).[29]

Que confirmaba el régimen de delitos considerados "graves" por la legislación ordinaria y para aquellos delitos que no estaban en dicho listado se establecía la posibilidad de que el Ministerio Público pudiese solicitar que se impusiera prisión preventiva si dicho funcionario aportara al juez elementos para "establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad" (artículo 20 constitucional, vigente a partir de 1996 y hasta 2008).

El incremento en el listado de delitos graves hizo poco frecuente que se pidiera la medida cautelar extrema de la prisión preventiva para delitos no considerados

[28] Zamora Pierce, Jesús, *op.cit.*, p. 169.

[29] El texto señalaba:

"Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad".

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 1997, p. 19.

"graves". Un estudio empírico al respecto no encontró casos en que se aplicara este supuesto en Jalisco durante 2005.[30]

Régimen vigente (a partir de junio de 2008). El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma constitucional que estableció el régimen de la libertad provisional actualmente vigente. Las principales disposiciones constitucionales sobre la libertad provisional y la prisión preventiva son:

> Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.
>
> Artículo 19. …
>
> El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.
>
> La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.
>
> Artículo 20…
>
> B. De los derechos de toda persona imputada:
>
> I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa…
>
> IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.
>
> La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.
>
> En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Se puede analizar el régimen vigente a la luz de los principios desarrollados para el régimen de aplicación de la detención provisional (prisión preventiva en nuestra denominación constitucional) por los instrumentos, doctrina y jurisprudencia internacionales que integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) del diagrama 1.

---

[30] Zepeda Lecuona, Guillermo Raúl, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Open Society Institute, Monterrey, 2010, dato en p. 47. Disponible en: *http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/09/doctrina01.pdf*.

DIAGRAMA 1
Directrices del DIDH para la aplicación
de la detención provisional o prisión preventiva

Derecho internacional de los derechos humanos y detención provisional

a) Requisitos sustantivos de la detención

- Fin procesal de la detención
- Principio de proporcionalidad y limitación temporal
- Exigencia de mérito sustantivo de responsabilidad
- Principio de provisionalidad
- Principio de excepcionalidad

b) Control judicial

c) Condiciones de detención

Como medida cautelar la prisión preventiva sólo debe *atender a los objetivos de preservar el proceso y sus consecuencias*, por lo que únicamente el riesgo de fuga, la posibilidad de que el imputado obstaculice las investigaciones o la protección de las víctimas, son las únicas causas por las que puede justificarse su aplicación (fin procesal de la detención).

Este principio se respeta en la Constitución, pues estas causas de justificación se establecen en el artículo 19 de la norma fundamental mexicana:

> El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

La última de las causales para la justificación de la aplicación de la medida no encuentra fundamento en el DIDH, en el primer caso (que esté siendo procesado) se violenta el principio de inocencia y en el segundo (sentenciado) implica una consecuencia de la reiteración, que sería una especie de sanción adicional, que no tiene nada que ver con el proceso penal para el que se dicta la medida cautelar, con lo que se desnaturaliza su esencia al no estar relacionada con la preservación del proceso penal.[31]

[31] El régimen anterior también incorporaba esta noción "sustantivista" de la detención provisional o prisión preventiva (término acuñado por Alberto Bovino), pues el artículo 20, apartado A de la Constitución, antes de la reforma de junio de 2008, establecía: "En caso de delitos no graves, a solici-

El Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) de 2014 refiere estas primeras justificaciones de las medidas cautelares en su artículo 153: "Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento".

En el mismo sentido, el propio CNPP refiere en la parte final del artículo 155, que enlista las medidas cautelares, que éstas "no podrán ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada".

Por lo que se refiere al *principio de proporcionalidad*[32] y *limitación temporal de la prisión preventiva*, la Constitución lo contempla al establecer: "Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva" (artículo 18 constitucional), así como al señalarse:

> La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.[33]

La duración del encarcelamiento preventivo por un tiempo nunca mayor al límite máximo de la pena prevista para el ilícito que se impute al procesado, es apenas el mínimo de los requisitos establecidos por el DIDH. Más relevante es la referencia de que "…en ningún caso será superior a dos años…".

El CNPP va más allá del texto constitucional al establecer: "La prisión preventiva no podrá exceder de un año, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado…" (artículo 165).

La consideración: "salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado" abreva de antecedentes jurisprudenciales que en nuestro país, que supeditan la garantía al proceso en un plazo razonable a la garantía

---

tud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley".

[32] El CNPP establece para la aplicación de las medidas cautelares el principio de proporcionalidad: "Artículo 156. Proporcionalidad. El Juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en este Código, deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución.

Para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable.

En la resolución respectiva, el Juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado".

[33] Artículo 20, apartado B, fracción IX, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

de defensa, por ejemplo, "Defensa, garantía de. Es de mayor rango axiológico que la de obtención de una sentencia en breve lapso" (2002) y se emitió la tesis: "Garantía de defensa. Prevalece sobre la de pronta impartición de justicia (2002). De esta forma la garantía de ser juzgado en un plazo razonable y el derecho a la libertad durante el proceso quedaron supeditados a la garantía de defensa. Mala aritmética constitucional la que no puede aplicar la propiedad conmutativa a sus garantías.

Por lo que se refiere a la *exigencia de mérito sustantivo de responsabilidad*, su adopción no es pacífica en el ámbito del DIDH,[34] porque implica aspectos propios de la sentencia, que no tienen que ver con la naturaleza de una medida cautelar. Esta exigencia plantea fundamentalmente el que en los casos en los que se aplique la prisión preventiva, como la medida cautelar extrema y más gravosa, se cuide la solidez de los elementos de la acusación. En México el análisis de los datos y evidencias de la imputación se analizan en la audiencia de vinculación a proceso (artículo 19 constitucional). En caso de que se vincule a proceso al imputado es cuando se aborda la medida cautelar que podría aplicarse, pero en este supuesto la argumentación versa exclusivamente sobre las causales de justificación de la medida, sin abordar lo relativo a la probable responsabilidad del imputado.

Alberto Bovino señala que el *principio de provisionalidad* "sólo autoriza a continuar con la detención si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenarla".[35] Además, este principio implica que estén expeditos los medios procesales para solicitar la revisión sobre la pertinencia o no de que la medida cautelar cese. El texto constitucional mexicano no aborda expresamente este principio pero se puede desprender del principio de excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva.

En la legislación ordinaria del país está previsto que se puede impugnar y revisar la resolución judicial que impone una medida cautelar (CNPP, artículo 160) en una audiencia de revisión de la medida cautelar (CNPP, artículo 162). La revisión procede cuando:

> …hayan variado de manera objetiva las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar, las partes podrán solicitar al Órgano jurisdiccional, la revocación, sustitución o modificación de la misma, para lo cual el Órgano jurisdiccional citará a todos los intervinientes a una audiencia con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de las condiciones o circunstancias que se tomaron en cuenta para imponer la medida y la necesidad, en su caso, de mantenerla y resolver en consecuencia (CNPP, artículo 161).

La *exigencia de que la prisión preventiva sea excepcional* es el punto de partida y el punto de llegada en el análisis de esta institución. El principio es expreso, en el ya citado segundo párrafo del artículo 19 constitucional: "El Ministerio Público *sólo podrá soli-*

[34] Por ejemplo, puede consultarse el debate sobre este principio en Bovino, Alberto, "El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos", *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del puerto, 1998.

[35] *Ibidem*, p. 160.

citar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar…"[36] (cursivas agregadas). Es decir, se debe agotar antes el análisis de las medidas cautelares menos gravosas y dejar la prisión preventiva como la última opción. El CNPP contempla 14 medidas cautelares en su artículo 155.[37]

Se considera a la prisión preventiva como la medida cautelar extrema, por lo que su imposición no puede combinarse con otra de las 13 medidas cautelares contempladas en el CNPP y sólo ser solicitada por el Ministerio Público "cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexa en los términos del presente Código" (CNPP, artículo 167).

La verificación del principio de excepcionalidad es la prueba de fuego para determinar la eficacia del derecho a la libertad durante el proceso penal, es decir, en la medida en que realmente sea excepcional su aplicación, querrá decir que las providencias tomadas por el ordenamiento jurídico y la operación cotidiana del sistema penal, logra preservar el valor del principio de inocencia en uno de sus elementos clave: reducir a su menor expresión el fenómeno de la prisión preventiva.

El *control judicial* de la detención preventiva refiere que la limitación de un derecho fundamental como el de enfrentar en libertad el proceso debe estar necesariamente sujeta al conocimiento y control judicial. Este principio es fundamental para que los valores que inspiran los principios de aplicación de la prisión preventi-

---

[36] El régimen constitucional anterior también fraseaba de inicio esta excepcionalidad (aunque seguido de restricciones y "excepciones" muy significativas): "Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando…" (artículo 20, apartado A, fracción primera, del texto constitucional anterior, que todavía rige el proceso de los estados que no han adoptado el sistema acusatorio, derivado de la reforma de junio de 2008).

[37] "Artículo 155. Tipos de medidas cautelares. A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;

II. La exhibición de una garantía económica;

III. El embargo de bienes;

IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;

V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;

VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;

VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares;

VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

IX. La separación inmediata del domicilio;

X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;

XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;

XII. La colocación de localizadores electrónicos;

XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o

XIV. La prisión preventiva.

va, que se han descrito en este apartado, tengan eficacia. El juez es el garante de que la aplicación de la prisión preventiva sea excepcional.

A partir de 1993, el sistema constitucional de aplicación de la prisión preventiva optó por establecer que las personas vinculadas a proceso por delitos considerados graves perderían el derecho a la libertad provisional bajo caución. Sin embargo, aun en ese inapropiado esquema se pudieron intentar garantías, como establecer un número limitado de delitos graves; sin embargo, se dejó al legislador ordinario la determinación de qué delitos deberían considerarse como graves.

A partir de la reforma de 2008, se ha pretendido dejar la aplicación de la medida cautelar abierta a la argumentación jurídica de las partes (en igualdad de condiciones) ante la presencia del juez. En este modelo el control judicial permite realizar consideraciones específicas sobre las circunstancias y características del imputado, que hace posible evaluar el caso concreto, determinar la viabilidad de una medida cautelar menos gravosa o verificar el riesgo fundado de fuga o la posibilidad de obstaculizar la investigación de la verdad, así como el riesgo fundado de que se atente contra la víctima o la sociedad. En el nuevo régimen las medidas cautelares se imponen y revisan mediante resoluciones judiciales (CNPP, artículos 153 y 161), tras haber escuchado las argumentaciones de las partes en audiencia pública (CNPP, artículos 157 y 158).

Sin embargo, el propio texto constitucional establece cinco delitos, para los que, de oficio, los jueces deben imponer la prisión preventiva: "El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud".[38]

Como se puede apreciar, deja subsistente la posibilidad de que el legislador local establezca delitos "inexcarcelables" (como los denomina Luigi Ferrajoli) en determinadas materias, así como en los "delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos", que deja abierta la posibilidad de impedir, de oficio, la libertad durante el proceso a una amplia tipología de conductas delictivas como sucedía a partir de 1993 con los "catálogos de delitos graves" de los códigos procesales tradicionales. En el caso del Código Federal de Procedimientos Penales el catálogo de delitos graves (y, por lo tanto, *inexcarcelables*) del artículo 194 contemplaba en 2007, 127 modalidades delictivas.[39]

Luigi Ferrajoli, quien critica los criterios de aplicación de la medida cautelar *ex lege* o automática,[40] indica que el juzgador debe aplicar la legislación de acuerdo con los hechos comprobados y verificados, y que la ideología mecanicista de la aplicación de la ley es incompatible con la epistemología garantista.[41]

---

38 Artículo 19 constitucional, segundo párrafo.

39 Zepeda Lecuona, Guillermo, *Castigo sin crimen: la prisión preventiva en México, trayectoria, alcances y alternativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 424. En preparación editorial.

40 *Op. cit.*, p. 554.

41 *Ibidem*, p. 39.

El CNPP limita la extensión de estos delitos "inexcarcelables" evitando la posibilidad de que se utilizara indiscriminadamente la cláusula abierta de "delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos", por ejemplo, a robos violentos. Por ello, dicho ordenamiento establece en su artículo 167 una enunciación exhaustiva de las figuras que ameritarían prisión preventiva oficiosa.[42] Aunque el CNPP remite este listado al Código Penal Federal, debería alcanzar, como código procesal único, a restringir los supuestos de aplicación oficiosa de la medida cautelar extrema en ambos ámbitos de competencia.

Respecto de las *condiciones de la detención* durante la prisión preventiva, la disposición XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que toda persona detenida *tiene derecho… a un tratamiento humano durante la privación de su libertad*.[43] En el mismo sentido las Reglas de Tokio se refieren en particular a que la prisión preventiva *deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano* (6.2).[44]

---

[42] "Artículo 167…

El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguiente:

I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 bis, 320 y 323;

II. Genocidio, previsto en el artículo 149 bis;

III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 bis;

IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;

V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 bis al 148 Quáter;

VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;

VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;

IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 bis;

X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;

XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

[43] *Op. cit.*, pp. 25 y 26.

[44] Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994, t. 1, p. 274.

"Además, *estarán separados de los condenados salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas*".[45] Por disposición expresa de la Constitución mexicana (artículo 18) la prisión preventiva deberá desarrollarse en un sitio distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

II. Alguna evidencia empírica sobre la eficacia del derecho, la libertad durante el proceso penal y las condiciones de internamiento

Como proporción de la población penitenciaria, los presos sin condena han presentado una tendencia decreciente. Sin embargo, aún hay mucho por realizar.

El legislador mexicano tradicionalmente había optado por el "catálogo de delitos graves". Por este tipo de políticas en enero de 2016 había 102 253 personas en prisión preventiva (41.3% del total de los internos). Se presumían inocentes ante la Constitución, pero dormían en prisión. En números absolutos, como porcentaje de la población penitenciaria y como presos sin condena por cada 100 mil habitantes, los indicadores de prisión preventiva muestran una reducción. Estos indicadores se ven impactados por la operación del NSJP en los estados en los que se han arraigado los principios y buenas prácticas del nuevo sistema a favor del derecho a la libertad del imputado durante el proceso penal.

Se ha demostrado que bajo el sistema procesal penal tradicional, al menos un 40% de las personas sujetas a prisión preventiva podrían estar en libertad hasta el momento de su juicio sin que existiera un riesgo de que se fugaran o representaran riesgo alguno para la sociedad. En cambio el erario dedica todos los días 36 millones de pesos para la operación del sistema penitenciario, más 19 millones de pesos que diariamente las familias de los internos deben gastar en la defensa legal y gastos personales del interno, pagos indebidos a autoridades y a otros internos, así como para los traslados y horas laborales para las visitas.[46]

De la regulación constitucional se derivan los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y control judicial (al deliberarse en una audiencia pública ante el juez, que es quien impone la medida cautelar).

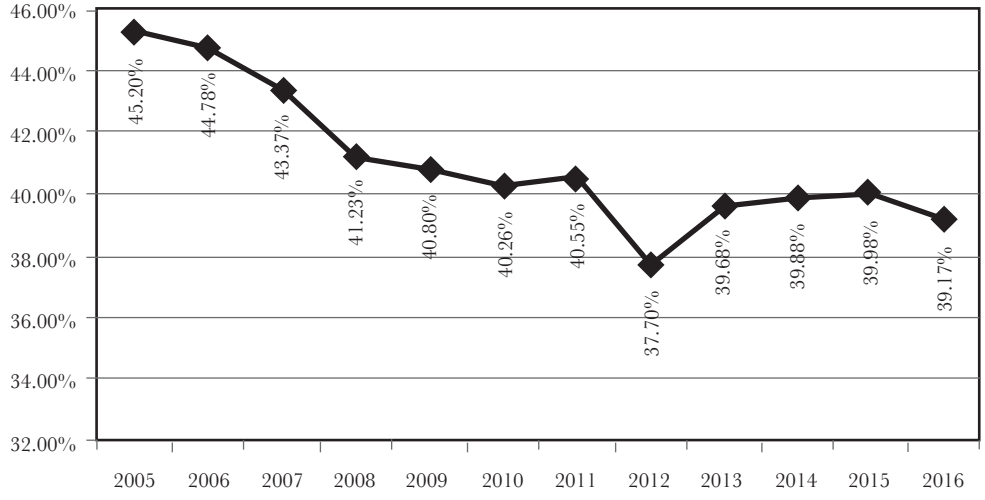
Ya en todos los estados está avanzando la operación del NSJP. Los resultados comienzan a percibirse. En el ámbito de competencia local la aplicación de la prisión preventiva en los tres indicadores referidos anteriormente se registra un descenso, pasando la variable como porcentaje de la población penitenciaria de 45.2% en 2005 a 39.3% en 2016 (gráfica 1).

---

[45] Artículo 10, párrafo 2, inciso a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *Ibidem*, t. I, p. 47. En el caso Pinkney, el Comité de Derechos Humanos consideró *que se les debe mantener en locales separados (aunque no necesariamente en edificios separados)*, *op. cit.*, p. 223.

[46] Zepeda Lecuona, Guillermo, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Monterrey, Open Society Institute, 2010.

GRÁFICA 1.
Trayectoria del porcentaje de presos sin condena, respecto del total de la población penitenciaria en México (competencia local)

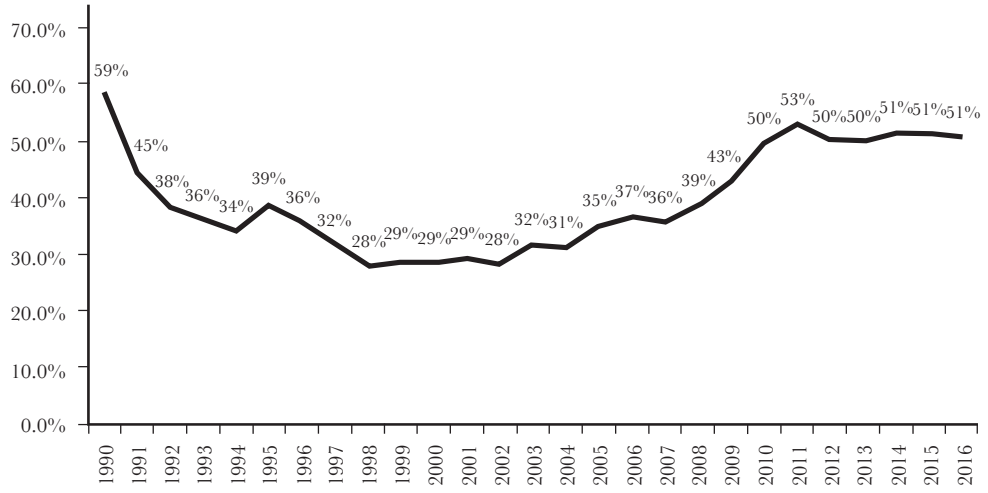


FUENTE: 2013-2016, Secretaría de Gobernación; y 2006-2012, Secretaría de Seguridad Pública Federal. La información de 2016 corresponde al mes de enero.

En el ámbito federal el avance del nuevo sistema ha comenzado en fechas más recientes. La entrada en vigencia del NSJP y la reforma en tema de narcomenudeo deberán comenzarse a reflejar en la prisión preventiva, que en el ámbito federal ha experimentado una tendencia ascendente, siendo en enero de 2016 de 50.75% del total de los internos por delitos federales (gráfica 2).

Entre 2006 y 2016, según el Comité para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal de Corte Acusatorio, más de 70 mil personas habrían evitado la experiencia de la prisión preventiva. En primer lugar, esto se debe a que muchos casos (136 mil en 2014) se resuelven por acuerdos reparatorios (antes se sobrecriminalizaban, y en algunos casos se imponía prisión preventiva); en los casos que se llevan ante los jueces, el nuevo régimen de aplicación de la prisión preventiva implica en la mayoría de los casos (los que no sean por los delitos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución), las partes argumentan y justifican la aplicación de las diversas medidas cautelares, siendo el juez el que determine la procedente, señalando que debe considerarse como la última opción la prisión preventiva.

GRÁFICA 2.
Porcentaje de presos sin condena respecto del total de internos por delitos de competencia federal en México



FUENTE: 2013-2016, Secretaría de Gobernación; y 2006-2012, Secretaría de Seguridad Pública Federal. La información de 2016 corresponde al mes de enero.

Además, otros casos califican a soluciones alternativas como la suspensión del procedimiento a prueba. De igual forma la mayor agilidad de los procesos incide en la reducción del porcentaje de la población penitenciaria en situación de prisión preventiva, en algunos estados se registra una despresurización de los centros penitenciarios.

En el cuadro 1 se puede apreciar la tendencia general en los estados en los que ha operado por más tiempo el nuevo sistema de justicia penal.

Claramente tres estados muestran una impresionante reducción en la aplicación de la medida cautelar extrema: Nuevo León (de 46% a 23.3%); Morelos (de 47% a 27%), Baja California (de 47% a 36%, pero pasando de 7 340 internos en 2008 a 4 625 en situación de prisión preventiva en 2016). Zacatecas se mantiene muy por debajo de la media nacional y en el caso de Yucatán, aunque presenta una tasa de prisión preventiva de 48.6% y con tendencia ascendente, se ha dado una reducción muy significativa en el número de personas sujetas a esta medida cautelar, pasando de 1 138 en 2012 a 686 personas en 2016.

En Chihuahua después de cuatro años de ascenso (2011 a 2014) debido al restablecimiento de la prisión preventiva por ley para ciertos delitos a partir de enero de 2010, la aplicación del CNPP parece comenzar a reflejarse en la reducción del fenómeno.

Cuadro 1

Población en prisión preventiva por delitos locales (números absolutos y como porcentaje de la población penitenciaria)

	2006	*2007*	*2008*	*2009*	*2010*	*2011*	*2012*	*2013*	*2014*	*2015*	*2016*	*VAR. REF.*
Baja California	7 360	8 307	7 340	6 205	5 709	4 574	5 176	5 373	4 888	4 740	4 625	-1 580
	58.27%	60.19%	53.32%	47%	44.88%	37.77%	40.20%	39.90%	37.00%	36.86%	36.16%	-11%
Chiapas	1 924	1 905	2 093	2 248	2 453	2 875	2 869	2 935	3 224	3 162	3 006	131
	36.00%	35.37%	37.26%	39%	40.40%	45.50%	45.50%	48.30%	52.32%	55.11%	53.80%	8.30%
Chihuahua	2 024	1 959	1 304	1 242	1 707	2 353	2 631	3 034	3 219	2 981	2 754	730
	43.93%	42.15%	33.67%	33.82%	42.73%	47.46%	46.90%	44.99%	45.75%	41.25%	38.91%	-5.02%
Durango	1 395	1 504	1 388	1 241	866	948	929	2 034	2 415	2 576	2 476	1 235
	60.65%	61.36%	56.19%	54.69%	57.35%	49.12%	45.16%	68.00%	74.28%	70.1%	69.0%	14.32%
Guanajuato	1 502	1 327	1 216	1 306	1 363	1 391	1 352	1 305	1 514	1 671	1 725	334
	45.46%	40.14%	35.16%	36.06%	35.09%	37.40%	37.50%	37.52%	39.86%	41.42%	42.34%	4.94%
México	7 384	7 315	6 680	6 847	6 884	5 813	5 327	6 173	9 547	11 062	11 073	4 226
	42.71%	44.52%	40.53%	40.91%	40.44%	34.70%	31.84%	33.70%	41.29%	43.31%	43.25%	2.34%
Morelos	1 222	1 139	1 224	1 079	914	967	864	980	854	827	802	-422
	46.77%	43.44%	47.26%	42.75%	35.09%	35.67%	31.82%	34.60%	29.81%	28.15%	27.33%	-19.93%
Nuevo León	1 543	1 231	1 094	1 216	1 380	2 734	3 578	2 366	2 016	1 400	1 426	-2 152
	36.64%	27.63%	23.94%	25.98%	26.56%	40.87%	45.98%	32.70%	28.43%	22.27%	23.29%	-22.69%
Oaxaca	2 053	1 868	1 931	1 675	1 791	2 084	2 265	2 312	2 286	2 564	2 481	550
	50.72%	51.33%	54.04%	48.38%	51.84%	56.46%	59.65%	64.00%	63.17%	67.42%	65.81%	11.77%
Tabasco	1 364	1 422	1 633	2 068	2 241	2 711	2 930	2 589	1 900	2 060	2 076	-854
	39.64%	38.33%	42.55%	52.04%	47.20%	52.60%	56.42%	55.32%	43.71%	49.08%	51.16%	-5.26%
Yucatán	1 021	1 075	1 062	1 091	1 297	1 120	1 138	954	741	726	686	-434
	47.31%	47.65%	46.58%	47.70%	49.90%	47.32%	46.87%	43.46%	43.67%	48.14%	48.58%	1.26%
Zacatecas	358	345	345	304	283	281	343	349	326	384	374	29
	37.18%	32.89%	33.01%	32.14%	31.00%	31.02%	37.36%	35.80%	30.87%	33.45%	33.27%	0.26%
Nacional	71 553	70 718	69 562	70 222	71 710	74 254	71 545	78 408	82 464	80 330	78 161	7 443
	44.46%	43.05%	40.96%	40.50%	40.25%	40.50%	37.70%	39.70%	39.88%	40.00%	39.17%	-3.88%

Fuente: 2013-2016, Secretaría de Gobernación; y 2006-2012, Secretaría de Seguridad Pública Federal. La información de 2016 corresponde al mes de enero.

Después de que en 2014 Tabasco presentó un descenso considerable de la prisión preventiva, se ha registrado un incremento, que aunque representa un menor indicador respecto de antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema y una reducción en números absolutos, presenta un indicador muy superior a la media nacional. El Estado de México muestra un inquietante incremento después de haber experimentado una reducción en los primeros años de vigencia del NSJP. En números absolutos las personas en situación de prisión preventiva han pasado de 6 847 en el anterior sistema a 11 073 en enero de 2016. Guanajuato, Chiapas y Durango (aunque el primero más cercano a la media nacional) muestran un incremento alarmante en el indicador tanto en números absolutos como en porcentaje de la población penitenciaria.

Debe de analizarse en particular la aplicación del régimen de medidas cautelares, en virtud del crecimiento constante en la proporción de internos que están en prisión preventiva. De no corresponderse a un incremento en la tasa de procesos penales por delitos de alto impacto, parecería que algunas inercias de aplicación creciente de esta medida cautelar podrían estar ganando terreno en las audiencias y los criterios judiciales.

No obstante, en el sistema acusatorio aún se siguen enfrentando tendencias adversas a la libertad durante el proceso penal. De hecho, ha sido criticado que la propia reforma constitucional mantuvo la prisión preventiva oficiosa para algunas conductas, lo que contraviene las directrices del DIDH. El constituyente, y en particular el CNPP, han establecido un límite constitucional y legal a la proliferación de delitos inexcarcelables.

Por ello, la adopción del Código Nacional de Procedimientos Penales, que se ajusta a las directrices constitucionales en materia de prisión preventiva, repercutirá en el descenso en la aplicación de esta medida cautelar en los procesos de competencia federal, que se acentúe la tendencia decreciente del fenómeno en el ámbito de competencia local y que cesen las desviaciones y abusos en la aplicación de la prisión preventiva. En el seguimiento de la instrumentación del nuevo modelo procesal nacional se seguirá poniendo especial interés en los indicadores de aplicación de la prisión preventiva.

Por otra parte, como una medida adecuada para el fortalecimiento institucional del contexto en el que los jueces resuelven sobre las medidas cautelares en el nuevo sistema de justicia, se impulsa como buena práctica los servicios previos a juicio, particularmente las Unidades de Medidas Cautelares (UMECA) que generan imparcialmente información confiable sobre el imputado y su entorno social para tomar decisiones e individualizar la medida cautelar con más y mejor información. Estos mecanismos se han consolidado en estados como Morelos y Baja California y se están adoptando en otras entidades federativas. Sus resultados son la reducción en la prisión preventiva y un cumplimiento en las medidas cautelares no privativas de libertad y condiciones de suspensión del proceso penal superior al 95%, lo que incrementa la confianza institucional y la legitimidad social de los mecanismos del nuevo modelo de justicia.

De esta forma se espera cristalizar el propósito último del modelo acusatorio en materia de prisión preventiva, la "prueba de fuego" como han referido Alberto Bovino[47] y Perfecto Andrés:[48] que se verifique en la práctica el principio de excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva.

En cuanto a las *condiciones de internamiento*, una de las consecuencias del abuso en la aplicación de la prisión preventiva es la saturación del sistema penitenciario. Actualmente la ocupación penitenciaria promedio en México es de 126%. Para la Organización de las Naciones Unidas más de 100% de ocupación penitenciaria se considera como hacinamiento y un trato cruel e inhumano. Sin embargo, esta tasa de ocupación es apenas un promedio.

Los centros penitenciarios más grandes del país se encuentran a más del 200% de su capacidad. Dos de cada tres internos en México están en situación de hacinamiento. Uno de cada tres internos del país (sobre)vive en el Distrito Federal, Estado de México o Jalisco.

Concentraciones de entre tres mil y trece mil personas son bombas de tiempo esperando detonación en los centros penitenciarios como los preventivos Sur (252% de ocupación penitenciaria), Oriente (al 233%); y Norte (al 220%) en el Distrito Federal; Puente Grande (al 258%) y el Centro Preventivo de Guadalajara (al 234%) en Jalisco, así como el Centro Penitenciario de Ecatepec, al 298% de su capacidad en el Estado de México. Con menos de 3 mil internos, pero con mayor hacinamiento están los centros de Jilotepec (al 353%) y Chalco (al 305%) en el Estado de México.

De esta forma las condiciones de reclusión de las personas en prisión preventiva no corresponden a los mínimos establecidos por el DIDH. La saturación de los centros penitenciarios y la insuficiencia de la infraestructura, así como medidas de seguridad, provocan que en la práctica no se cumpla la obligación constitucional de que los internos procesados estén "completamente separados" (artículo 18 constitucional, párrafo primero y Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Internos de Naciones Unidas, artículo octavo). Como señala un estudio sobre el sistema penitenciario mexicano: "La evidencia que arroja la estadística penitenciaria es la violación del precepto constitucional sobre la separación de internos por grado de peligrosidad y según su situación jurídica".[49]

El Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera que las deficiencias en la clasificación criminológica de los internos, así como la falta de separación entre procesados y sentenciados en áreas comunes son factores que reducen la eficacia de la reinserción social del interno, uno de los cinco rubros de evaluación de dicho diagnóstico. En los 100 centros penitenciarios evaluados en dicho estudio (de entre las más pobladas del país, que concentran al 75% de los internos) se documentaron anomalías al respecto. Se

---

[47] Bovino, Alberto, "El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos", en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 121-167.

[48] Andrés Ibáñez, Perfecto (1997), "Presunción de inocencia y prisión sin condena", en *Ciencias penales, revista de la asociación de Ciencias Penales de Costa Rica,* año 9, núm. 13, agosto de 1997.

[49] Patiño Arias, José Patricio, *Nuevo modelo de administración penitenciaria*, México, Porrúa, 2010, p. 248. Cita de p. 106.

refiere que la "inadecuada clasificación criminológica y por situación procesal [son parte] de la problemática imperante en el sistema penitenciario.[50] Incluso se refiere casos de incumplimiento en la separación entre hombres y mujeres.[51]

Además de un hacinamiento predominante, se ha documentado que en los centros penitenciarios prevalece la corrupción y el autogobierno (que quienes mandan son las camarillas de internos que someten y extorsionan al resto). En el Sistema Penitenciario Nacional hay ocho internos por cada custodio, y considerando los turnos, vacaciones, incapacidades o comisiones, llega a haber hasta 25 o 30 internos por custodio (para no hablar de los días de visita).

Los motines, las fugas, los suicidios, las riñas y los homicidios se han incrementado exponencialmente. En 2011 se registraron 116 homicidios y en 2015 se superó la cifra, rondando los 160. Según informó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en las cárceles mexicanas se habían cometido 352 homicidios en dos años.[52] Los grupos del crimen organizado han extendido sus disputas a los centros penitenciarios. Un interno de los centros penitenciarios de Nuevo León, Tamaulipas, Sinaloa o Durango tiene ocho veces más probabilidades de morir hoy que la población en general de nuestro país. Las tragedias recientes en los penales de Apodaca y Topo Chico, donde más de 40 internos perdieron la vida en cada uno de dichos motines ilustran esta vulnerabilidad.

Las adicciones, las enfermedades y la reducción en la expectativa de vida por el creciente deterioro de las condiciones de internamiento son un tema humanitario y de salud pública. La prevalencia del SIDA entre los varones en reclusión es el doble de la población en general, y entre las mujeres internas es cinco veces mayor que la prevalencia de las mujeres en libertad.

Las cifras son elocuentes al referirnos la crisis de nuestro sistema penitenciario y la política criminológica equivocada que nos ha llevado a este deterioro. Debe impulsarse las sanciones alternativas a la prisión y debe profundizarse las mejores prácticas del nuevo sistema de justicia penal que permiten un uso más racional de la prisión preventiva. El genocidio carcelario en México es un pésimo referente de nuestra sociedad, transformar esta realidad es un imperativo ético y una emergencia humanitaria que no podemos ignorar.

---

50 *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria* (DNSP), Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012. Disponible en: *http://dnsp.cndh.org.mx/#*. Cita de p. 6.

51 *Ibidem*, p. 3.

52 *Idem.*

Cien ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 2: *Estudios jurídicos*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 27 de enero de 2017 en los talleres de Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. de C. V., Municipio Libre 175-A, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03300 Ciudad de México, tel. 5601 0796. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cream book 57 x 87 cm. de 60 gramos para los interiores y papel couché de 200 gramos sobre cartoné para los forros; consta de 2,000 ejemplares (impresión *offset*).